Die Aufhebungsklage und die Vollstreckbarkeitserklärung im schiedsgerichtlichen Verfahren

*

Inaugural-Dissertation
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen
vorgelegt von

Kurt Weisschnur
aus Bamberg
Referendar

Approbiert am 24. November 1929

1930

Buch- und Kunstdruckerei J. M. Reindl, Bamberg.

Die Aufhebungsklage und die Vollstreckbarkeitserklärung im schiedsgerichtlichen Verfahren

*

Inaugural-Dissertation
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen
vorgelegt von

Kurt Weisschnur
aus Bamberg
Referendar

Approbiert am 24. November 1929

1930

Buch- und Kunstdruckerei J. M. Reindl, Bamberg.

Referent: Univ.-Professor Dr. Lent

Meinen lieben Eltern

Inhalts-Verzeichnis.

Einleitung: Das Schiedsverfahren.

1. Hauptteil: Die Aufhebungsklage.

2. Hauptteil: Die Vollstreckbarkeitserklärung.

Schrifttum.

Baumbach: Zivilprozeßordnung 1925.
Busch: Zeitschrift für deutsches Zivilprozeßrecht.
Deutsche Juristenzeitung.
Deutsche Richterzeitung.
Entscheidungen des Bayer. OLG.
Entscheidungen des Reichsgerichts.
Goldschmidt Dr. James: Zivilprozeßrecht, Berlin 1929.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Haeger, Dr. Walter: Schiedsgerichte für Rechtsstreitigkeiten der Handelswelt. Berlin 1910.
Haffner, Dr. A.: Das ständige kaufmännische Schiedsgericht Berlin 1911.
Hahn: Materialien zur Zivilprozeßordnung.
Handbuch des Landesproduktenhandels 1929, Verlag Börsen- und Finanzliteratur. Leipzig-Berlin.
Hanseat. Gerichtszeitung.
Hanseat. Rechtszeitschrift für Handel und Schiffahrt, Versicherung, Kolonial- und Auslandsbeziehungen, sowie für hanseat. Recht.
Hermes, Hans: Der Schiedsspruch und seine Entkräftung nach der ZPO. Jur. Diss. Marburg 1920 u. 20, 770.
Juristische Wochenschrift.
Kisch, Beiträge zur Urteilslehre.
Kisch, ZZP. Bd. 51.
Kleemann, Lothar: Das schiedsrichterl. Verfahren nach dem Zivilprozeßrecht. Jur. Diss. Halle 1926.
Kohler: Gesammelte Beiträge zur ZPO. 1894.
Kollmann, J.: Die Schiedsgerichte in Industrie, Handel und Gewerbe. München-Berlin 1914.
Kommentare: Förster — Kann 1926.
Freudenthal — Sauerländer 1926.
Petersen — Anger,
Stein — Jonas 15. Aufl.
Stein — Jonas 1929.
Sydow — Busch
Wilmowski — Levy 7. Aufl.
Gaupp — Stein 1913.
Seuffert.

Langheinicken, Der Urteilsspruch, Leipzig 1899.
Leipziger Zeitschrift.
v. Lindheim: Das Schiedsgericht im modernen Zivilprozeß. 1891.
Lucas — Richter Zivilprozeßform 1924.
Marktbericht Hansablum.
Mathies, Die ständigen Schiedsgerichte des Hamburger Großhandels. 1921.
Mendelssohn—Bartholdy: Die Rechtskraftwirkung der Schiedssprüche. Festschrift für Franz Klein zu seinem 60. Geburtstag 1914.
Nußbaum, Arthur: Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen. ZZP. Bd. 42.
Oertmann, Grundriß zur ZPO. 1924.
Rechtsprechung der OLG.
Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 1928.
Runge, Dr. Kurt: Der Schiedsgerichtsgedanke in Recht und Wirtschaft 26.
Seufferts Archiv.
Skalda, Dr. Willi: Handelsgebräuche der Hamburger Getreidebörse. 1924.
Soergels Rechtsprechung.
Sonderheft der Rheinischen Zeitschrift f. Zivil- und Prozeßrecht des In- und Auslandes 1924.
Sommer, Das neue Zivilprozeßrecht 1924.
v. Staff, Das Schiedsgerichtsverfahren nach dem heutigen deutschem Recht. 1926.
Stein—Junker: Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts. 1924.
Volkmar: Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 13. 2. 1924.
Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht. 1911.

Die Aufhebungsklage und die Vollstreckbarkeitserklärung im schiedsgerichtlichen Verfahren.

I. Ausbreitung.

Der Gedanke, Streitigkeiten schiedlich auszutragen, gewinnt immer mehr an Bedeutung. Diese „Schiedsidee“ wird nun leider heutzutage auch bei den unpassendsten Gelegenheiten herbeigezogen, und hat dadurch eine gewisse Einbuße erlitten. Daß dieser Gedanke bei vernünftiger Anwendung und Auslegung sich vollkommen richtig und förderlich erweist, dafür bietet das im 10. Buch der Zivilprozeßordnung geregelte Schiedsverfahren den Beweis. Die vorliegende Arbeit befaßt sich nun mit dem Ergebnis dieses Verfahrens, dem Schiedsspruch und zwar soll seine Beseitigung durch die Aufhebungsklage und seine Verwertung durch die Vollstreckbarkeitserklärung, dargelegt werden. Vorher möchte ich jedoch einiges sagen über die — besonders während der letzten 20 Jahre, — stark steigende Bedeutung dieses Verfahrens und den Grund hiefür. Den besten Überblick bietet eine Rede, die Professor Landsberger anläßlich der von den mitteleuropäischen Wirtschaftsvereinen im Jahre 1910 nach Wien einberufenen Tagung, hielt und deren wesentlicher Inhalt noch heute das Richtige trifft: „Wir sehen, daß die Zahl der schiedsgerichtlichen Institutionen in den Län-

dern zunimmt, daß sich diese Einrichtung entwickelt und daß auch die Zahl der Schiedsverträge wächst; ebenso die Bedeutung der Schiedssprüche. Die Wichtigkeit des Stoffes, der solchem Verfahren unterworfen wird, wächst ständig. Das ist eine wirtschaftliche Erscheinung, àn der man nicht vorübergehen kann. Es spricht sich darin durchaus kein Mißtrauen gegen die staatlichen Gerichte aus, sondern nur die Erscheinung, daß für viele Fragen, die heute zwischen den Parteien im Wirtschaftsleben, namentlich aber im Großhandel und in der Industrie, sowie in den internationalen Beziehungen streitig werden, in höherem Maße bestimmte fachliche, technische oder Usancekenntnisse nötig sind, um die vorliegenden Fragen zu entscheiden. Der staatliche Richter wäre in einem solchen Falle genötigt, einen komplizierten Sachverständigenbeweis durchzuführen und er würde im Grunde nicht mehr tun, als eben diesem Sachverständigenbeweis durch ein Urteil die Wirkung eines Spruches zu verleihen. Die Parteien gehen dem aus dem Wege, indem sie sich auf ein Schiedsgericht einigen, in welchem meist Sachverständige als Schiedsrichter fungieren und ein Unparteiischer Obmann ist. Auf diese Art erreichen sie ein rascheres Verfahren und eine ebenso gründliche Erörterung ihrer Rechtssachen und kommen so schneller zu einer Entscheidung, als wenn sie ihre Angelegenheit vor die staatlichen Gerichte brächten. Dies ist nach meiner Überzeugung der Grund, warum die privaten Schiedsverträge sich immer mehr ausbilden und entwickeln."

Die Ausbreitung, die das Schiedsgerichtswesen aber tatsächlich genommen hat, ahnte wohl niemand. Verwickelte Verträge von erhöhter wirtschaftlicher Bedeutung werden heute selten ohne Schiedsklausel abgeschlossen. Die Hindernisse, welche einer derartigen Entwicklung in den Weg gestellt werden, vermochten keinen Augenblick die Ausbreitung einzudämmen. Die heutige Geschäftswelt kann sich eben nicht mehr so lange Zeit gedulden, (es dauert ja oft Jahre) bis über einen, dann nor-

maler Weise ganz vergessenen, Streitgegenstand ein rechtskräftiges Urteil des staatlichen Gerichtes vorliegt. Bei großen Objekten kann der lange Ausfall der Gegenleistung manchem soliden Unternehmen lediglich durch böswillige Schuldner größten Schaden bringen. Dies ist weiterhin ein Grund, in Verbindung mit der krassen Negation wirtschaftlicher Tatsachen seitens der Staatsgerichte während und nach der Inflationszeit (ich erinnere an den Satz: Mark gleich Mark) für die Zunahme der Schiedsverträge. Der ehemalige Präsident des hanseatischen Oberlandesgerichtes, Dr. Max Mittelstein, veröffentlicht in der hanseatischen Rechtszeitung folgende Zahlen für Hamburg, Bremen und Lübeck. Zusammen: In den Jahren 1879—1904 wurden jährlich durchschnittlich 35 Sprüche niedergelegt. 1908 jährlich 300, 1913 = 434, 1915 = 461; dann gegen Kriegsende erfolgte ein Rückgang auf 95 im Jahre 1918, dann schnellen die Ziffern ungeheuer empor: 1920 = 942, 1921 = 1179, 1922 = 1324; in dem Inflationsjahre erreichte man die Rekordziffer mit 3140 niedergelegten Sprüchen. Dann trat ein langsames Abflauen auf 2150 im Jahre 1924 ein. Trotzdem ist es unrichtig, von einer Konkurrenz gegen die Rechtspflege der staatlichen Gerichte zu sprechen und zu verlangen, daß „energisch gegen das Unwesen eingeschritten wird“. Im Gegenteil, man kann von einem Zusammenarbeiten der ordentlichen Gerichte und der Schiedsgerichte für beide Teile nur großen Vorteil erwarten.

II. Ziel des Verfahrens.

Ziel des Schiedsverfahrens ist die Entscheidung des Rechtsstreites durch bindenden Schiedsspruch, dem sich die Parteien im voraus unterwerfen. Unter Schiedsverfahren versteht man dann ein Verfahren zur Entscheidung bürgerlich-rechtlicher Streitigkeiten durch eine unbeteiligte, auf Parteiwillen beruhende, Instanz an Stelle der staatlichen Gerichtsbarkeit.

III. Besetzung der Schiedsgerichte.

Die verschiedenen Systeme.

Die Richter sind großenteils Laien; in der Regel erfolgt ihre Ernennung durch „ihre Partei", sodaß die Eigenschaft unparteiischer Richter zu sein, fraglich wird. Beide „Partei"schiedsrichter ernennen nun einen Obmann. Dieses System nennt Dr. Mathies (s. a. a. O. S. 35—41 näheres) das freie System. Sind die Schiedsrichter von vornherein bestimmt, — also meist durch Schiedsgerichtsordnungen, in denen der Vorstand der betreffenden Vereine das Kollegium bildet —, so ist dies das Vorstandssystem. Das dritte System, das „Handelskammersystem", weil auf das Vorbild der Handelskammern zurückgehend, liegt vor, wenn die Ernennung der Schiedsrichter von einer von den Parteien unabhängigen Stelle erfolgt. Die Schiedsrichter selbst sind, wie schon erwähnt, meist Laien. Doch besteht jetzt die Neigung, wenigstens einen Juristen beizuziehen, sei es als Berater, sei es als Richter. Dieses ist notwendig, zumal bei den ständigen Schiedsgerichten die Gefahr besteht, daß die praktischen Erwägungen leicht die Oberhand über die juristischen gewinnen können; darum ist es wünschenswert und bei großen Handelsschiedsgerichten ständiger Brauch, ja oft schon Vorschrift, daß den Verhandlungen ein zum Richteramt befähigter Jurist beiwohnt[1]).

---

[1]) Vgl. Art. 15 E. G. z. österr. ZPO. v. 1895: zur gültigen Zusammensetzung jedes Börsenschiedsgerichtes ist es erforderlich, daß demselben ein Sekretär zugezogen wird. Dieses Amt ist von einem Beamten der Börsenkammer zu versehen, der zur Ausübung des Richteramtes befähigt, von der Börsenkammer angestellt und vom Finanzministerium im Einvernehmen mit dem Justizministerium bestätigt ist. Der Sekretär nimmt die Klage entgegen, gibt den Parteien die nötige Anleitung, überwacht das Zustellungswesen, besorgt die notwendigen schriftlichen Aufzeichnungen während der Verhandlung, nimmt an der Beschlußfassung mit beratender Stimme teil und fertigt die Erkenntnisse der Schiedsgerichte aus.

2. Ordentliche Richter als Schiedsrichter.

Es herrscht lebhafter Streit seit kurzer Zeit, ob auch ordentliche Richter dieses Amt ausüben dürfen. Bedenken äußern in erster Linie Nußbaum in JW. 26, 15; Katz, DJZ. 26, 1136; Schmidt-Leipzig, JW. 26, 2147; Heilberg (einer der Gegner des Schiedsgerichtswesens)[2]).

Auf der anderen Seite stehen insbesondere Bredenkamp JW. 26, 2147; Nieland: DRZ. 26, 87. Diesen letzteren möchte ich folgen. Die Hauptgründe, die gegen eine Übernahme des Schiedsrichteramtes durch ordentliche Richter angeführt werden, sind: die Richter seien ausschließlich für den Staat da und dürften ihre Tätigkeit nicht durch Nebengeschäfte beeinträchtigen. Doch kann hiervon nur dann die Rede sein, wenn es sich um allzuhäufige, regelmäßige Ausübung des Schiedsrichteramtes, womöglich immer bei demselben Verein, handelt. Eine solche wäre allerdings nicht wünschenswert. Ein weiterer Einwand ist der, daß das Vertrauen der Öffentlichkeit sich gegenüber solchen Richtern mindere. Man kann aber genau so gut das Gegenteil behaupten. Wie wohltuend wirkt es, wenn man in Gerichtsverhandlungen praktisch und wirtschaftlich brauchbare, sich den Umständen anpassende Auslegungen hört. Der Vorteil, den ein Richter dadurch hat, daß er nicht bei dem Gesetzestext stehen bleibt, sondern mit den wirtschaftlichen und technischen, auch sittlichen Wandlungen fortschreitet und sich daran macht, die Gesetze, die durchaus nichts Lebloses sind, auf das Neue anzuwenden, überwiegt bei weitem den Nachteil, den

---

[2]) Vgl. seine Abhandlung in: JW. 28, 2006: es kann nicht klar und offen genug ausgesprochen werden, daß die Schiedsgerichtsbarkeit, wie sie sich neuerdings, besonders auf Grund allgemein gültiger Formulare und unter dem Einfluß von Verbänden und Kartellen, entwickelt hat, die Rechtspflege und Rechtshoheit des Staates, die Rechtsgleichheit, besonders aber auch die Rechtssicherheit und den Rechtsschutz für die wirtschaftlich Schwachen bedroht und gefährdet.

man darin erblicken kann, wenn tatsächlich einmal ein Paragraph zurechtgestutzt wird — dieser Vorteil läßt es wünschenswert erscheinen, daß möglichst alle Richter, hie und da solche Schiedsrichterämter annehmen. Dem weiteren Einwand, daß bei häufiger Mitwirkung der Anreiz des Honorars die eigentliche Berufstätigkeit zurücktreten lasse, ist eine Kränkung des Richterstandes. Übrigens bräuchte nur im Notfalle auf steuerrechtlichem Wege oder durch Anmeldezwang solcher Tätigkeit eingeschritten zu werden, um allenfalls vorkommende Mißstände zu beheben. Nieland fragt mit Recht, woher plötzlich (1926) die Bemängelung einer richterlichen Tätigkeit komme, die bisher widerspruchslos stattgefunden hat. Er sagt: ist es nicht mehr der zur Zeit herrschende genius epidemicus einer Überkritik am Berufsrichtertum, der diese Erscheinung in der Literatur hervorruft, als ein wirkliches Empfinden?“ Ich möchte ihm beipflichten, denn jedes gute Schiedsgericht begrüßt es mit Freude, wenn ordentliche Richter, besonders in schwierigen juristischen Fällen, mitwirken.

3. Aufgabe der Schiedsrichter.

Von einem Schiedsrichter erwartet man, daß ihm eine billige und gerechte Entscheidung wesentlicher ist, als strikte Anwendung positiver Rechtssätze. Eine grundsätzliche Bindung an das materielle Recht ist abzulehnen, sie widerspräche der Grundidee des Schiedsverfahrens. Einen solchen Vorschlag brachte Leo auf dem 34. Juristentage ein; er ist jedoch nicht durchführbar. Im allgemeinen muß man die geltenden Vorschriften billigen; und die tatsächliche Handhabung der Rechtssprechung, besonders durch ständige Schiedsgerichte gibt dem Recht. Wer schon öfter solchen Sitzungen beiwohnte, fühlte sicher, daß fast alle Schiedsrichter von der Idee beherrscht sind, eine billige, schnelle und gerechte Entscheidung treffen zu wollen, unter Berücksichtigung der großen Linien und Grundsätze des gesamten Rechts.

IV. Arten der Schiedsgerichte.

Ich sprach eben von „ständigen“ Schiedsgerichten. Der Gegensatz ist das „freie“ Schiedsgericht, das für jeden Fall eigens vereinbart ist, während „ständige“ solche sind, welche sich Vereine der verschiedensten Art, besonders des Großhandels eingerichtet haben. Nur für diese soll hauptsächlich die Arbeit gemünzt sein, wenn auch die ZPO. vorläufig noch keinen Unterschied macht. Ferner sind von der Betrachtung ausgeschlossen, die vom Reich und den Ländern geschaffenen „uneigentlichen“ Schiedsgerichte. Auf sie findet das 10. Buch der ZPO. keine Anwendung. Dasselbe gilt von den sogenannten „Schiedsgerichten“, welche in leider ständig wachsender Zahl, von großen Verbänden und Organisationen, — auch des öffentlichen Rechts —, ins Leben gerufen sind und ihre Mitglieder unter Androhung wirtschaftlicher Nachteile zwingen, ihre Streitigkeiten vor derartige Verbands-Schiedsgerichte zu bringen. Im ZZP. 52, 278 nimmt Trops gegen diesen Unfug scharf Stellung und führt zahlreiche Beispiele an. Bei solchen „Vereinbarungen“ fehlt das Grundmerkmal, die Freiheit des Einzelnen in der Willensbetätigung. Solchen Bestrebungen, die dem Schiedsgerichtsgedanken großen Abbruch tun, ist mit aller Entschiedenheit entgegenzutreten. Darunter fallen aber keineswegs die oben erwähnten ständigen Schiedsgerichte, die durchaus den Vorschriften der ZPO. entsprechen, und bei deren Vereinbarung die Verbände keinerlei Zwang ausüben, sondern jeder auch den ordentlichen Rechtsweg betreten kann, wenn er nur keine Schiedsklausel vereinbart.

V. Schiedsvertrag und Schiedsspruch.

Ist ein Schiedsvertrag geschlossen, so tritt bei entstehenden Streitigkeiten das vereinbarte Schiedsgericht nach der betreffenden Vertragsbestimmung oder Schiedsgerichtsordnung in Aktion und erläßt als Abschluß seiner Tätigkeit den Schieds-

spruch, der durch § 1040 die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils hat. Gegen ihn gibt es also keine Rechtsmittel. Eine Berufung an staatliche Gerichte ist unzulässig; sämtliche Einwendungen, die der Beklagte gegen den geltend gemachten Anspruch vorzubringen in der Lage war, sind durch den Schiedsspruch erledigt.

Um den Schiedsspruch zu beseitigen, gibt es nur ein Mittel, die Aufhebungsklage; um dem Schiedsspruch materielle Realität zu verschaffen, um ihn zu „versilbern“, ist die Vollstreckbarkeitserklärung durch das Staatsgericht nötig. Mit diesen beiden Themen befaßt sich im folgenden die Arbeit.

1. Hauptteil: Die Aufhebungsklage.

A. I. Geschichte.

Der Schiedsspruch hat nach der ZPO. unter den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils, Rechtsmittel sind unzulässig. Um ihn zu beseitigen, gibt es heute nur die Aufhebungsklage. Dies war nach altem Recht anders: die Bremische Gerichtsordnung vom 9. 11. 1820 (§§ 36—54) ließ gegen den Schiedsspruch die ordentlichen Rechtsmittel zu. Die Preußische allgemeine Gerichtsordnung gestattete eine, „Provokation auf gerichtliche Entscheidung“, ähnliches galt in Bayern und Baden. In Bayern bestimmte die PO. Art. 1340: Die Berufung gegen ein schiedsgerichtliches Urteil findet nur statt, wenn die Parteien dies im Schiedsvertrag vorbehalten haben und das Rechtsmittel auch bei der Entscheidung der Sache durch die ordentlichen Gerichte zulässig gewesen ist. Ebenso die Badische PO. in Art. 1080: „Appellation gegen schiedsgerichtliche Urteile“ ist nur zulässig, wenn die Partei sie im Schiedsvertrag ausdrücklich vereinbart hat. Dieses geschah wohl in Anlehnung an das französische Recht, das eine Berufung gegen den Schiedsspruch an das Gericht erster Instanz

kennt (Cod. de proc. Art. 1023). Das englische Recht läßt eine Berufung nicht zu, doch kann das Gericht in einer Reihe von Fällen „remit or set aside Award“.

II. Natur der Klage.

Über die Natur der Aufhebungsklage nach heutigem Recht ist folgendes zu sagen: die herrschende Lehre betrachtet sie als Rechtsgestaltungsklage, ihr Ziel ist Aufhebung des Schiedsspruches mit rückwirkender Kraft. Das Urteil, das der Klage stattgibt, ist ein rechtsgestaltendes, da es ein die Parteien bindendes Urteil beseitigt. Wird die Klage auf Aufhebung abgewiesen, so ergeht ein Feststellungsurteil dahin, daß ein gültiger Schiedsspruch besteht. Diese Ansicht wird u. a. vertreten von Stein, Kann, Rosenberg und Nußbaum (vgl. Nußbaum in ZZP. 42, 281 ff.) und von Staff (S. 271). Seuffert hält die Klage für eine Feststellungsklage. Er begründet seine Ansicht etwa folgendermaßen: die Klage verlangt keine rechtliche Änderung, sondern die Feststellung der Tatsache der Ungültigkeit. Die Natur als Feststellungsklage zeige sich insbesondere darin, daß die Ungültigkeit des Schiedsspruches ohne vorherige Aufhebungsklage geltend gemacht werden kann, gegenüber der auf der Rechtskraft beruhenden Einrede der rei judicatae, sobald einer der Gründe des § 1041 ZPO. vorliegt, ja, daß sogar ein Vollstreckungsbeschluß nicht erlassen werden darf, wenn einer der Aufhebungsgründe geltend gemacht ist. Dies wäre, so folgert Seuffert, nicht möglich, wenn der Schiedsspruch erst durch ein sogen. Aufhebungsurteil ungültig würde. Es ist aber doch so, daß jedenfalls mit dem Erlaß eines Schiedsspruches, der auf Grund eines gültigen Schiedsvertrages und unter Beobachtung der strengen Formvorschriften von § 1039 ZPO. erlassen ist, ein Urteil vorhanden ist, das nach § 1040 die Wirkungen eines rechtskräftigen der ordentlichen Gerichte hat. Und das Ziel der Klage ist gerade die Beseitigung dieses nun einmal vorhandenen Spruches, also eine Rechtsgestaltung und keine Feststellung, das

Urteil i s t nicht von vornherein ungültig, sondern w i r d erst — mit rückwirkender Kraft allerdings — ungültig.

Eine eigenartige Unterscheidung macht Langenheineken im Urteilsanspruch S. 190 ff. Er unterscheidet Klagen auf Aufhebung, die vor Erlaß des Vollstreckungsurteils (jetzt Beschluß) und solchen, die nach dem erhoben werden. Nur die letzteren seien Aufhebungsklagen. Kleemann sagt in seiner Dissertation: „Mit Recht, denn ein Schiedsspruch, der noch nicht für vollstreckbar erklärt ist, hat noch keine Rechtswirkungen." Dies geht doch zu weit, denn die ZPO. verleiht dem Schiedsspruch die Rechtskraft, auch wenn gar kein Vollstreckungsbeschluß gefordert wird (die Parteien sind solange gebunden, bis der Spruch durch ein ordentliches Gericht aufgehoben wird) und bei einer Verurteilung z. B. zur Leistung von Diensten ist der Erlaß eines derartigen Beschlusses sogar ausgeschlossen; und doch würde einer anderweitigen Klageerhebung die Einrede der rei judicatae entgegenstehen[3]).

Ist ein Teil eines Schiedsspruches einer selbständigen Entscheidung fähig, so kann die Aufhebung dieses Teiles verlangt werden (RG. 46, 499). Nie kann mit der Aufhebungsklage eine Abänderung des Spruches erreicht werden.

B. I. Voraussetzungen der Klage.

Die Grundvoraussetzung eines auf Aufhebung lautenden Urteils ist ein formell gültiger inländischer Schiedsspruch, wozu vor allem erforderlich ist, daß das Verfahren gemäß § 1039 ZPO. abgeschlossen ist.

---

[3]) Vgl. Kisch: Urteilslehre S. 172. Wie steht es, wenn der Schiedsspruch noch nicht vollstreckbar ist? Das Gesetz spricht bezeichnenderweise von einer Aufhebung. Und auch sachlich erscheint der letztere, obgleich er nicht ordnungsmäßig zustande kam, dennoch zunächst als ein wirksamer, privatrechtlicher Akt. Er ist solange für die Parteien verbindlich, als er nicht durch Richterspruch aufgehoben werden muß. Die ergehende Entscheidung wird auch in diesem Falle als eine k o n s t i t u t i v e anzusehen sein.

1. Wann liegt ein gültiger Schiedsspruch vor?

Es muß den Erfordernissen des § 1039 ZPO. Genüge geleistet sein. § 1039 verlangt, daß der Schiedsspruch

1. unter Angabe des Tages der Abfassung von den Schiedsrichtern unterschrieben ist.
2. Den Parteien in einer von den Schiedsrichtern unterschriebenen Ausfertigung zugestellt ist.
3. Unter Beifügung der Beurkundung der Zustellung auf der Geschäftsstelle des zuständigen Gerichts niedergelegt worden ist.

Bevor nicht alle diese Vorschriften genauestens erfüllt sind, ist das Schiedsverfahren nicht beendet.

a) § 1039: Die Rechtsprechung folgert, daß die Aufgabe der Schiedsrichter erst erledigt ist, wenn der Spruch den Parteien ordnungsgemäß zugestellt und bei Gericht hinterlegt wurde (RG. 41, 398). Vorher besteht der Schiedsspruch nicht im Sinne des § 1041. Ist der Spruch nach Abfassung und Unterzeichnung noch zuzustellen und niederzulegen, so liegt ein nochmaliger Zusammentritt des Schiedsgerichts zur Fortsetzung des Verfahrens nicht außerhalb seiner Befugnisse. Abfassung und Unterzeichnung haben nach außen keine Wirkung. Auch die Verkündung oder sonstige Bekanntgabe des Spruches verschafft ihm keine Wirksamkeit; sie ist nicht gleich der Verkündung eines Urteils im ordentlichen Verfahren (RG. 38, 394). Erst durch die Niederlegung bekunden die Schiedsrichter ihren Willen, daß dieser Spruch, die den Streitfall beendigende Entscheidung sein soll. Diesen Formalismus fordert das Gesetz, um die Echtheit des Spruches und den Abschluß des Verfahrens außer Zweifel zu setzen. Die Wirkungen des § 1040 treten erst ein, wenn alle diese Erfordernisse erfüllt sind.

Im einzelnen sei kurz bemerkt: Der Schiedsspruch ist zu unterzeichnen und zwar regelmäßig von a l l e n Richtern. Wie aber bei Sydow-Busch Anm. 2 zu 1039 ausgeführt wird, genügt es nach höchstrichterlicher Rechtsprechung, wenn ein

Schiedsrichter im Auftrage der übrigen unterschrieben hat. Ein Urteil des Landgerichts Hamburg vom 16. 5. 24, das in den Mitteilungen des Vereins der Getreidehändler der Hamburger Börse Nr. 7 vom Juli 1924 zu lesen war, behauptet eine entgegengesetzte Ansicht: „Weil im schiedsrichterlichen Verfahren nicht die Garantien gegeben sind, die im gerichtlichen Verfahren vorliegen, verlangt das Gesetz die eigenhändige Unterzeichnung des Schiedsspruches durch sämtliche Schiedsrichter. Diese Vorschrift ist zwingendes Recht. . . . Es folgt daraus, daß eine Unterzeichnung durch den Vorsitzenden für einen der Beisitzer gemäß § 315 der ZPO. nicht gestattet ist.“ Doch kann man ruhig bei ausdrücklicher Ermächtigung eine vertretungsweise Unterzeichnung zulassen.

Die Niederlegung hat bei dem zuständigen Gericht zu erfolgen. (Näheres siehe am Ende der nächsten Teile.) Sie ist Sache der Schiedsrichter. Haben sie den Spruch bei dem unzuständigen Gericht niedergelegt, so müssen sie ihn zurückfordern und Niederlegung bei dem nach § 1045 zuständigen Amts- oder Landgericht veranlassen.

b) Rechtskraft.

Nach Befolgung der Vorschriften des § 1039 tritt einerseits die formelle Rechtskraft ein, andererseits die materielle. Diese kommt ebenfalls dem Schiedsspruch zu, trotz der Vorschrift des § 1042, II. Alles was das Wesen der Rechtskraft ausmacht, trifft für den Schiedsspruch mit den Worten des § 1040 genau so zu, wie für das Urteil eines ordentlichen Gerichts. Es kann der Wirkung des Schiedsspruches auch keinen Abbruch tun, daß noch die Aufhebungsklage möglich ist, und daß der Spruch nicht ohne weiteres vollstreckbar ist. Die Gegenansicht führt zu unerträglichen praktischen Folgerungen. Näheres darüber s. Mendelsohn-Bartholdy: Die Rechtskraftwirkung der Schiedssprüche.

II. Ziel der Klage.

Eine große Streitfrage ergibt sich daraus, wenn wir fragen, worauf die Aufhebungsklage gerichtet ist. Auf Aufhebung des Schiedsspruches oder des Schiedsvertrages, bezw. muß hinsichtlich des Anspruches, über den in dem aufgehobenen Schiedsspruch entschieden wird, von neuem der Weg des Schiedsverfahrens beschritten werden oder sind die ordentlichen Gerichte zuständig geworden.

Das Reichsgericht hat folgenden Standpunkt: Mit der Durchführung des Schiedsverfahrens, also mit dem Erlaß des wirksamen Schiedsspruches ist die Schiedsklausel „verbraucht" und das Schiedsverfahren kann nicht mehr wiederholt werden; dazu bedarf es einer neuen Vereinbarung (SA. 46, 163 JW. 04, 43; RG. 41, 396). In letztgenannter Entscheidung führt das Reichsgericht aus: Grundsätzlich ist mit dem Erlaß des Schiedsspruches die Tätigkeit des Schiedsgerichts „erschöpft" (es folgt, daß der Schiedsrichter einen noch nicht niedergelegten Spruch wieder ändert und einen zweiten wirksam erlassen hat). Der zweite Schiedsspruch war endgültig. Die Schiedsrichter haben mit diesem Schiedsspruch eine endgültige Entscheidung geben wollen und gegeben. Daran wird nichts dadurch geändert, daß dieser Spruch gegen das Gesetz verstieß und dann aufgehoben wurde. Das schiedsrichterliche Verfahren wird nicht neu eröffnet. Aus der Aufhebung des ordnungsgemäß zugestellten und niedergelegten Schiedsspruches folgt nichts anderes, als daß das schiedsrichterliche Verfahren ohne haltbares Ergebnis verlaufen ist und daß der Streit der Parteien nunmehr allein der richterlichen Entscheidung unterliegt. Ebenso Rosenberg, Rspr. 15, 300 und Baumbach.

Diesem Urteil stehen, wohl mit Recht, entgegengesetzte Ansichten und entgegengesetzte Entscheidungen verschiedener Oberlandesgerichte gegenüber.

Zunächst ist im ganzen hiezu zu bemerken, daß die Aufhebung des Schiedsspruches ohne Einfluß auf das Bestehen des

Schiedsvertrages ist. Wird also der Spruch aufgehoben, so ist damit keineswegs das ordentliche Gericht für die Beurteilung der Sache zuständig, sondern die Parteien haben sich von neuem an das Schiedsgericht zu wenden mit dem Antrag auf Entscheidung. Anders liegt die Sache, wenn in dem aufhebenden Urteil die Unzulässigkeit des Schiedsverfahrens überhaupt, also das Nichtbestehen des Schiedsvertrages ausgesprochen ist, dann ist selbstverständlich das ordentliche Gericht zuständig. Aus der Natur der Sache ergibt sich sowieso, daß das Schiedsgericht seinen bestehenden Spruch niemals abändern kann; schon dem römischen Recht war dieser Satz bekannt (D IV, 8, 20). Das Reichsgericht aber hält an seiner Ansicht fest, man kann geradezu von einem juristischen Axiom sprechen: es wird in jedem Urteil die bekannte Rechtsprechung aufrecht erhalten, eine wirkliche Begründung findet sich nur einmal in einer alten Entscheidung von 1889 (SA. 46, 163), in der folgendes erwogen ist: Ein Schiedsspruch, mag er auch mit formalen Mängeln behaftet sein, hat unter den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils, er ist nicht schlechthin unwirksam, der Mangel muß erst geltend gemacht werden; daher erledigt das Urteil zunächst mal den Streit der Parteien. Nach Erfüllung der Formalien von § 1039 ZPO. ist daher das Amt des Schiedsrichters erledigt und der Schiedsvertrag erschöpft. Wird nun nachträglich der Spruch aufgehoben, muß eben das ordentliche Gericht über den Streit entscheiden; es müßte sonst schon anzusehen sein, daß die Partei den Schiedsvertrag dahin verstanden hat, daß das Schiedsgericht zwei oder mehrere Schiedssprüche abgeben soll. Dies ist aber sehr selten und aus der Klausel: „Alle Streitigkeiten sind durch Schiedsgerichte zu erledigen" kann es nicht gefolgert werden. Dagegen weist schon Seuffert darauf hin, daß diese Unterstellung des Parteiwillens zu weit gehe. Der Wille der Partei bei einer Schiedsgerichtsvereinbarung geht offenbar nicht dahin, daß überhaupt ein Spruch abgegeben wird über diese Differenz, auch nicht dahin, daß ein, zwei oder mehrere

Sprüche abgegeben werden, sondern er ist so aufzufassen, daß der Streit der Parteien unter Ausschluß der ordentlichen Gerichte durch Schiedsgericht endgültig und unanfechtbar erledigt wird. Wird der zunächst abgegebene Spruch durch das ordentliche Gericht wegen eines Versehens des Schiedsgerichts aufgehoben, so ist der Streit der Parteien als durch das Schiedsgericht noch nicht erledigt anzusehen. Das Natürliche ist doch, daß nach dem Willen der Partei das Schiedsgericht noch einmal entscheiden soll, ähnlich wie das ordentliche Gericht noch einmal entscheiden muß, wenn ein Urteil wegen Verfahrensmangel aufgehoben wird. Als ganz selbstverständlich betrachtet es auch ein Urteil des hanseatischen OLG. (S. A. 44, 102), daß die Aufhebung eines Schiedsspruches mit dem Fortbestand des Schiedsvertrages nichts zu tun habe, und daß die Schiedsrichter neu entscheiden könnten. Warum sollten auch Schiedsrichter, die nach Meinung des Gerichts nur etwas Juristisches versehen haben, nicht in der Lage sein, einen besseren Spruch ohne jene Mängel abzugeben. Im Zweifel ist also die Vereinbarung einer Schiedsklausel dahin auszulegen, daß die von dem Vertrauen der Partei oder von objektiver Seite berufenen Schiedsrichter, wenn sie etwas Juristisches versehen sollten, nach Aufhebung eines juristisch mangelhaften Spruches durch das ordentliche Gericht nunmehr den Spruch ihrerseits rechtsgültig unter Behebung des Mangels erlassen müssen.

Zur Verstärkung der hier vertretenen Ansicht möchte ich noch ein Urteil bringen, das eine dem Reichsgericht entgegengesetzte Ansicht beweist. Das Oberlandesgericht Frankfurt entschied: Gegen die Einrede des Schiedsvertrags macht der Kläger geltend, daß das schiedsrichterliche Verfahren durch Abgabe eines bereits erfolgten Schiedsspruches erledigt sei. Der Spruch sei zwar aufgehoben, aber es bedürfe eines neuen Schiedsvertrages, um ein zweites Schiedsverfahren einzuleiten. Der Beklagte macht geltend, der Schiedsvertrag sei nicht erfüllt; denn zur Erfüllung gehöre ein wirksamer Schiedsspruch. Das Oberlandes-

gericht stellte sich auf Seiten des Beklagten und führte weiter aus: „In der Regel geht bei Abschluß eines Schiedsvertrages der Wunsch der Parteien dahin, die Erledigung eines sich aus dem Geschäft ergebenden Streitfalles unter Ausschluß der ordentlichen Gerichte durch Schiedsgerichte anzunehmen, also dauert bis zum Erlaß eines wirksamen und rechtskräftigen Schiedsspruches der Schiedsvertrag fort, da er ja anders nicht erfüllt werden kann.“ Seuffert ist ebenfalls dieser Ansicht[4]).

Haffner S. 54 vertritt eine ähnliche Ansicht. Er gibt der herrschenden Lehre des Reichsgerichts recht für „Gelegenheitsschiedsgerichte“. Dann fährt er fort: „Wenn sich zwei Kaufleute einem ständigen Schiedsgerichte unterwerfen, so wollen sie von ihm auch tatsächlich eine Entscheidung, die zur Zwangsvollstreckung führen kann; die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichtes wollen sie endgültig ausschließen. Deshalb bleibt das ständige Schiedsgericht für eine neue Verhandlung und einen neuen Spruch zuständig, wenn der erste aufgehoben wird. Ähnlich beurteilt auch Mathies die Frage: Falls die Aufhebung des Schiedsspruches erfolgt ist, weil das Schiedsgericht nicht zuständig war, so kann nur das ordentliche Gericht in Frage kommen. Ist aber der Spruch aus einem anderen Grund (Formfehler) aufgehoben, so wird man nach dem Parteiwillen bei Abschluß des Vertrages fragen müssen. Dieser wird bei Kaufleuten, die die Entscheidung ihrer Streitigkeiten einem von ihrer Fachorganisation geschaffenen Schiedsgericht übertragen haben, im Zweifel dahin gehen, daß die Entscheidung dieses Schiedsgerichts durch einen wirklich endgültigen und zur Herbeiführung der Vollstreckung geeigneten Schiedsspruch erfolgen

[4]) Er sagt u. a.: Die Aufhebung des Schiedsspruches hat auf den Bestand des Schiedsvertrages keinen Einfluß. Die Annahme, es entspräche dem mutmaßlichen Willen der Vertragschließenden, daß das schiedsrichterliche Verfahren nach Aufhebung des Schiedsspruches nicht zu erneuern sei, suggeriert den Parteien etwas, woran sie schwerlich gedacht haben.

soll. Infolgedessen wird man das Schiedsgericht auch nach der Aufhebung des ersten Spruches durch das ordentliche Gericht als für das weitere Verfahren zuständig ansehen müssen.

Stein steht grundsätzlich auf Seiten des Reichsgerichts, läßt aber zwei (selbstverständliche) Ausnahmen zu: Wenn der Vertrag abweichende Bestimmungen enthält, oder wenn die Aufhebung wegen eines in der Person eines Schiedsrichters — der nicht im Vertrag bestimmt war — liegenden Grundes erfolgt, dann wirke der Vertrag fort.

Noch eine Frage bleibt zu erörtern, wenn man der hier vertretenen Auffassung folgt: Müssen es dieselben Schiedsrichter sein, oder braucht es nur ein dem Schiedsvertrag entsprechendes, u. U. mit anderen Herren besetztes Gericht sein? Soweit ein Schiedsgericht nach Aufhebung seines Spruches wieder tätig wird, können andere Herren als Schiedsrichter berufen werden, doch wenn es sich um Berichtigung oder Ergänzung handelt ist es wohl richtiger und zweckmäßiger, die gleichen Herren wieder tätig werden zu lassen. Einen Zwang hierzu kann man jedoch höchstens dann aus § 320 Abs. IV ZPO. ableiten, wenn es sich um Berichtigung des Tatbestandes handelt, der im Schiedsgerichtsverfahren jedoch nicht die Rolle spielt, wie beim ordentlichen Verfahren.

Zum Schluß dieser Streitfrage möchte ich noch auf die Bemerkung Kann's im Kommentar S. 1039 eingehen. Kann gibt zu, daß das Gesetz davon, daß durch Aufhebung des Schiedsspruches der Schiedsvertrag aufgehoben sei, nichts erwähnt. „Wäre aber die Partei genötigt, nach Aufhebung des Schiedsspruches wiederum das Schiedsverfahren anzustrengen, so würde die Gefahr bestehen, daß das Schiedsgericht von neuem dieselben Verstöße beginge, die zur Aufhebung des ersten Spruches geführt haben." Daß dies ein durchschlagender Gesichtspunkt wäre, kann man nicht sagen. Die Schiedsgerichte dienen der Vereinfachung und Beschleunigung der Entschei-

dung. Ihre Urteile sollen dem praktischen Bedürfnis angepaßt sein. Daß also je ein Schiedsgericht nach Aufhebung seines ersten Spruches wegen eines Mangels ebenso ein zweitesmal entscheidet, ist nahezu ausgeschlossen. Es ist aufs schärfste zu mißbilligen, daß Schiedsgerichte, wenn sie nach aufgehobenem Schiedsspruch sich wieder mit der Sache zu befassen haben, dabei sich über die für die Aufhebung maßgebenden Entscheidungsgründe der ordentlichen Gerichte in Verkennung ihrer Aufgabe hinwegsetzen. Würde das gebilligt, so würde es dem Ergebnis nach zu einer Außerkraftsetzung der Garantien führen, die das Gesetz zum Schutze der der Schiedsgerichtsbarkeit Unterworfenen gegen den Mißbrauch schiedsgerichtlicher Jurisdiktion aufstellt. So entschied das hanseatische Oberlandesgericht. — Es ist ferner anzunehmen, daß den Parteien dringend daran gelegen ist, eine schnelle Entscheidung zu bekommen, dies um so mehr, da schon eine unliebsame Verzögerung durch die Aufhebung eintrat und daraus geht sicherlich ihr Wille hervor, wiederum das Schiedsverfahren als das schnellere, sachkundigere und den geschäftlichen und praktischen Ansprüchen eher genügende Verfahren anzustrengen. Vgl. Gruch. 51, 403, SA. 44, 102; SA. 49, 140.

Richtig ist die Entscheidung des Reichsgerichts für den Fall, daß der Beklagte sich ohne Vorbehalt nach Aufhebung des ersten Schiedsspruches wieder in ein Schiedsverfahren einließ. Es erblickt darin den Abschluß eines neuen Schiedsvertrages, doch ist diese Konstruktion überflüssig, wenn das Reichsgericht seinen alten Standpunkt aufgeben würde. Im Reglement für Entscheidungen durch den Vorstand des Vereins der Getreidehändler der Hamburger Börse ist in § 7 Abs. II folgende Vorschrift enthalten: „Sollte durch richterliches Urteil die Aufhebung des Schiedsspruches erfolgen, so bleibt der Vorstand für die nochmals zu beantragende Entscheidung als Schiedsgericht zuständig.“ Diese Bestimmung ist vollgültig und mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts in das Regle-

ment aufgenommen. Vgl. ferner § 19 der Schiedsgerichtsordnung[5]).

III. 1. Begründung der Klage.

Wir kommen nun zur Begründung der Klage. Als Klagegrund muß einer der sechs Aufhebungsgründe des § 1041 angegeben sein. Die Ausschließlichkeit der im § 1041 aufgezählten Punkte ist durch das Reichsgericht durchbrochen, indem das Reichsgericht eine Aufhebung wegen Widersinnigkeit zuläßt. „Ein vom Schiedsgericht als Spruch bezeichnetes Schriftstück unterliegt im Falle seiner Widersinnigkeit der Aufhebung"[6]). Ferner ist durch § 1042 Abs. II eine neue Möglichkeit gegeben, einen Schiedsspruch, wenn auch nicht zur Aufhebung zu bringen, so doch zu entkräften, nämlich durch die von Amts wegen zu versagende Vollstreckbarkeitserklärung, wenn sich der Spruch über eine unverzichtbare Vorschrift hinweggesetzt hat. Näheres s. u.

2. Liegt im Vorbringen eines weiteren Aufhebungsgrundes eine Klageänderung.

Wie ist es, wenn anfänglich nur der eine oder andere Grund angeführt ist und späterhin mehrere hinzukommen? Ob in diesem Falle eine Klageänderung vorliegt, darüber herrscht große Meinungsverschiedenheit.

Nach der einen Ansicht bildet die Geltendmachung eines anderen als des in der Klageschrift angeführten Aufhebungsgrundes eine Klageänderung. Für diese Ansicht sind u. a. Kann, Stein, v. Staff und Rosenberg. Der letztere begründet etwa

---

[5]) Wenn das ordentliche Gericht den Schiedsspruch aus anderen Gründen als wegen Unzuständigkeit des Schiedsgerichts aufhebt, oder den Antrag auf Vollstreckbarkeitserklärung abweist, so ist die Streitigkeit auf Antrag einer Partei von einem gem. §§ 3 bis 5 neu zu bildenden Schiedsgericht zu entscheiden.

[6]) E. 38; 412.

folgendermaßen: Die Klage darf nicht allgemein begründet sein, „der Schiedsspruch unterliegt der Aufhebung“, sondern es müssen die Tatsachen als Gründe bestimmt angegeben sein, welche den Anspruch auf Aufhebung nach § 1041 begründen sollen. Bilden somit hier die in der Klage angegebenen Aufhebungsgründe den Klagegrund, so folgt daraus, daß in dem nachträglichen Vorbringen neuer, auf anderen tatsächlichen Voraussetzungen beruhender Aufhebungsgründe eine Klageänderung zu finden ist. Dieser Ansicht ist wohl beizupflichten (vgl. Bay. OLG. Z. NF. 3, 917 u. Baumbach). Selbstverständlich kann wegen eines anderen später aufkommenden Aufhebungsgrundes eine neue Aufhebungsklage eingereicht werden, falls die erste ohne Erfolg war.

Auf der anderen Seite ist Seuffert zu finden. Er nimmt an, daß in der Geltendmachung eines anderen, als in der Klage angeführten Aufhebungsgrundes keine Klageänderung liegt. Ich führe noch eine Entscheidung des Reichsgerichts an. RG. VI v. 17. V. 27, 490/26: „In einem neuen zur Begründung der Unzulässigkeit des Verfahrens dienendem Vorbringen ist keine Klageänderung zu erblicken. Wird die Klage auf § 1041 Abs. I gestützt, nämlich auf die Behauptung, das Schiedsverfahren sei unzulässig, könnte von einer Änderung nur dann die Rede sein, wenn nachträglich ein anderer der im § 1041 einzeln unter Nummern aufgeführten Aufhebungsgründe geltend gemacht würde.“ Daraus ist ersichtlich, daß auch das Reichsgericht der Ansicht zuneigt, daß es eine Klageänderung bedeutet, wenn nachträglich ein anderer der sechs Aufhebungsgründe angeführt wird, während dann, wenn derselbe Grund anders bewiesen werden soll, selbstverständlich keine Klageänderung vorliegt.

C. § 1041.

Es sind nun im folgenden die einzelnen Gründe des § 1041 zu behandeln. Daran anschließend werden noch einige Worte

über die Durchbrechung des Grundsatzes der Ausschließlichkeit durch das Reichsgericht zu sagen sein. Weiterhin ist noch die Frage zu klären, ob die Aufhebungsklage auch darauf gestützt werden kann, daß der Schiedsspruch unter Hinwegsetzung über unverzichtbare Vorschriften ergangen ist, obwohl ein rechtskräftiger Vollstreckungsbeschluß, dem eine Prüfung dieser Frage nach § 1042 Abs. II vorangegangen sein muß, vorliegt, oder ob der auf diesem Grund gestützten Aufhebungsklage der rechtskräftige Vollstreckungsbeschluß entgegengehalten werden kann.

I. Unzulässigkeit des Verfahrens.

§ 1041 ZPO. nennt als ersten Aufhebungsgrund: Unzulässigkeit des Verfahrens. Gründe für die Unzulässigkeit des Verfahrens, die im folgenden näher besprochen werden, sind in der Hauptsache: Wenn der Schiedsvertrag entweder von vornherein ungültig war, oder aus irgendwelchen Gründen nach dem Abschluß außer Kraft getreten ist; wenn der Schiedsvertrag sich nicht auf die Streitsache bezogen hat, über welche der Schiedsspruch gefällt ist, bezw. wenn der Schiedsspruch über Streitpunkte entschied, welche ihm nicht zur Entscheidung unterbreitet waren; ferner, wenn das Schiedsgericht nicht richtig besetzt war, wenn also andere als die vereinbarten Schiedsrichter an der Fällung des Spruches teilnahmen; wenn ein erfolgreich abgelehnter Schiedsrichter mitwirkte. Ob der Umstand, daß das Schiedsgericht dem Kläger mehr zuerkannte, als er forderte, ein genügender Grund ist, ist streitig und wird unten näher behandelt.

1. Ist darunter Unzulässigkeit im Ganzen zu verstehen?

Bevor ich auf die wesentlichsten Punkte näher eingehe, möchte ich noch eine Streitfrage besprechen, nämlich ob unter Unzulässigkeit des Verfahrens die des Verfahrens als Ganzem zu verstehen ist. Das Reichsgericht verneint und stellt sich im Bd. 24, 397 ff. auf folgenden Standpunkt: Die Ziff. I des § 1041 um-

faßt nicht nur die Fälle, in denen das Verfahren als solches unzulässig war, sondern auch die Fälle, in denen wesentliche Bestimmungen oder Grundlagen des Verfahrens, welche die Parteien ausdrücklich vereinbarten, von den Schiedsrichtern bei Erlaß des Spruches nicht eingehalten worden sind. Im weiteren Text der Entscheidungen widerlegt das Reichsgericht die Gegenansicht, die in der Hauptsache von Seuffert und Wach (s. Handbuch S. 76 ff.) weiterhin von Struckmann-Koch und Petersen vertreten ist[7]).

Das Reichsgericht läßt sich sodann sehr ausführlich auf die Entstehungsgeschichte ein (näheres darüber s. Bd. 24, 398 ff.). Dieser Ansicht ist wohl recht zu geben (vgl. Kann zu § 1041, ferner ZZP. 44, 74). Die Grundlage des Schiedsspruches ist ausschließlich der Schiedsvertrag. Da die Schiedsrichter ihre Legitimation nur diesem Vertrag entnehmen, so ist unter unzulässigem Verfahren im allgemeinen nur ein solches zu verstehen, das nicht durch den Schiedsvertrag zugelassen ist, d. h. bei dem den als Schiedsrichtern handelnden Personen die Sachlegitimation fehlt. Ob dieser Mangel nun das Verfahren als Ganzes oder nur teilweise betrifft, ist kein wichtiger Unterschied. Müßte das Verfahren als Ganzes unzulässig sein, so würden Handlungen von Privatpersonen, die eine Überschreitung ihrer Befugnis darstellen, ebensolche bindende Kraft erhalten, wie Handlungen von Richtern, die ihre Legitimation vom Staate herleiten und nicht aus einer privaten Abmachung. Überschreitet der ordentliche Richter seinen Auftrag, so ist seine Entscheidung doch Urteil, eben weil er seine Macht vom Staate herleitet. Es wäre nun eine viel zu einschneidende Maßnahme, wenn eine

---

[7]) Vgl. SA. 46, 481. Nicht schon jede Verletzung von einzelnen Vorschriften des Verfahrens macht dieses unzulässig und begründet den Antrag auf Aufhebung des Schiedsspruches, sondern es müssen Verstöße sein, wegen welcher dem Verfahren unerläßliche Voraussetzungen fehlen, und somit das ganze Verfahren unzulässig ist.

solche Macht auf Privatpersonen übertragen würde, um nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt zu werden. Man muß also dem Reichsgericht Recht geben und unter Unzulässigkeit des Verfahrens auch die Unzulässigkeit einzelner wesentlicher, nicht nur verfahrenstechnischer (z. B. Form der Protokollierung, Ort, Stunde usw.) Bestimmungen unter Ziff. 1 § 1041 verstehen[8]).

Die Gegenmeinung vertreten Stein, Seuffert, Wach. Stein behauptet, daß in den §§ 1037 und 1046 der Ausdruck „Unzulässigkeit des Verfahrens“ in dem von ihm ausgelegten Sinn gebraucht werde. Dieser Grund ist nicht zwingend. In § 1037 sind als besondere Fälle der Unzulässigkeit nur solche zu verstehen, welche sich auf das Verfahren im ganzen beziehen. Da sich § 1046 mittelbar auf § 1037 bezieht, so muß der gleiche Sinn zu Grunde gelegt werden. Ferner weist Stein auf § 957/I ZPO. hin. Hier sei „mit einer geringfügigen Abweichung des Wortlautes“ ebenfalls von einer Unzulässigkeit im Ganzen die Rede. Es heißt in § 957, daß das Ausschlußurteil mittels Klage angefochten werden kann, wenn ein Fall nicht vorlag, in welchem das Gesetz das Aufgebotsverfahren zuläßt. In § 1041 ist jedoch keineswegs eine solche, einen bestimmten klaren Sachverhalt bezeichnende Ausdrucksweise gewählt, sondern eine weit allgemeinere und unbestimmtere. Weiterhin beruft sich die Gegenansicht in der Hauptsache auf die widerspruchsvolle Fassung des Gesetzes, das unter den folgenden Nummern Gründe nennt, welche nicht das Verfahren als Ganzes, sondern nur Teile des Verfahrens betreffen. Also, so schließt man, ist in Ziff. 1 nur Unzulässigkeit im Ganzen gemeint, sonst bräuchten Teile nicht besonders hervorgehoben zu werden. Doch man kann auch umgekehrt schließen. Daraus, daß das Gesetz Teile anführt, gibt es zu erkennen, daß nicht nur

[8]) Vgl. noch: Wilnowsky-Levy 7. Aufl. S. 1210: War das Verfahren in einem Punkte unzulässig, so „wird das ganze Verfahren von dem Fehler ergriffen“ und der Schiedsspruch unterliegt der Aufhebung.

das Verfahren im Ganzen, sondern auch einzelne Teile unzulässig sein können, um einen Aufhebungsgrund zu liefern; und die wichtigsten Beispiele teilweiser Unzulässigkeit des Verfahrens werden gesondert herausgegriffen. Ob sie allerdings nicht besser als Unterpunkte zu 1 genannt worden wären, ist eine andere Frage. Jedenfalls ist § 1041 vom Gesetzgeber so abgefaßt, und man muß ihm eben eine möglichst vernünftige und brauchbare Auslegung geben.

2. Gründe der Unzulässigkeit.

Wollen wir nun dazu übergehen, die Unzulässigkeitsgründe des Verfahrens näher zu betrachten.

Wann ist ein Schiedsvertrag von vornherein ungültig? Kann unterscheidet zwei Fälle.

1. Wenn der Nichtigkeitsgrund in der Schiedsklausel enthalten ist.
2. Wenn der Hauptvertrag nichtig ist.

a) aa) **Wann liegt ein gültiger Schiedsvertrag vor?**

Wann ist nun eigentlich ein gültiger Schiedsvertrag vorhanden? Ich möchte diesen Punkt in aller Kürze behandeln, da ja über dieses Thema eine ausreichende Literatur vorhanden ist. Der Schiedsvertrag muß gültig zustandekommen nach den Vorschriften des BGB. (Berücksichtigung finden: Willensmängel, Geschäftsfähigkeit, mangelnde Vertretungsbefugnis usw. §§ 107, 110, 112, 113, 114, 117, 145/55, 157, 1829 u. a.). Eine Form ist nicht vorgeschrieben. Er wirkt formlos, nur wenn er als wesentlicher Bestandteil eines anderen Vertrages derselben Form bedarf, wie der Hauptvertrag (z. B. § 313 BGB.), ergibt sich eine ganz natürliche Ausnahme. Er kann auch stillschweigend geschlossen werden, z. B. durch Einlassung auf das Verfahren gemäß dem Handelsbrauch. Auch in einem Vertrag zu Gunsten eines Dritten kann mit Wirkung für diesen die Schiedsklausel vereinbart werden (J. W. 25, 2608). Was den Inhalt betrifft, so

muß er über ein bestimmtes Rechtsgeschäft abgeschlossen werden, nicht etwa allgemein „für alle Streitigkeiten aus der Geschäftsverbindung“ (Warn. 1908, 568). Der Schiedsrichter muß über eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit entscheiden, d. h. rechtliche Beziehungen zwischen den Parteien feststellen oder durch Subsumtion von Tatsachen unter Rechtssätze die Ansprüche der Parteien endgültig festsetzen oder abweisen. Über Rechtsstreitigkeiten, nicht nur über einzelne Tatbestandsmerkmale. Im letzieren Falle ist der „Schiedsrichter“ nicht Richter, sondern lediglich Gutachter, ähnlich sagt Kohler: Der Schiedsrichter entscheidet über einen Anspruch oder ein Rechtsverhältnis, der Arbitrator lediglich über eine Tatsache oder ein Element eines Rechtsverhältnisses[9]).

Über die Natur des Schiedsvertrages streitet man. Teils wird er als privatrechtlicher, teils als prozeßrechtlicher Vertrag aufgefaßt. Die prozeßrechtliche Natur vertreten: Hellwig (System Bd. II § 260 II, 2) und Altenrath, die privatrechtliche Natur Wach und Hayum. Andere, so Oertmann und Stein-Junker behandeln ihn teils privatrechtlich, teils prozeßrechtlich. Kisch sagt: Der Schiedsvertrag ist weder ein rein privatrechtliches Gebilde, noch kann er ausschließlich unter prozeßrechtliche Gesichtspunkte gebracht werden. Er vereinigt vielmehr zugleich privatrechtliche und prozeßrechtliche Elemente.

Der Schiedsrichter muß ein Dritter sein. Ein Vertrag, wobei einer der Parteien — wenn auch in Verbindung mit einem Dritten — die Entscheidung überlassen bleibt, ist kein Schiedsvertrag und kann höchstens nach § 315 BGB. gültig sein.

Das Verfahren muß an Stelle der ordentlichen Gerichte treten. Die Klausel „Schiedsgericht oder Berufung auf das ordentliche Gericht“ ist kein Schiedsvertrag. § 1040 gibt dem Spruch die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils. Ein freies

[9]) Man spricht auch von Schiedsmännern, Schiedsgutachtern. Vgl. darüber die große Literatur über diesen Unterschied. (Kisch.)

Belieben der Parteien, sich diesem zu unterwerfen oder nicht, kann nicht gestattet werden (vgl. JW. 07, 149).

Außerdem müssen die Parteien über den Streitgegenstand einen Vergleich abschließen können, sie müssen also über den Gegenstand verfügen können und nachweisen, daß sie verfügungsfähig und vertragsfähig sind, also selbst geschäftsfähig sein oder mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder durch den gesetzlichen Vertreter handeln können.

Wird die Schiedsklausel durch einseitige Willenserklärung festgesetzt und wenn dadurch ein Rechtsverhältnis begründet werden kann, so bedarf die Anordnung stets der für das Rechtsverhältnis vorgeschriebenen Form (etwa Testament).

bb) Nichtigkeit des Schiedsvertrages.

Die Schiedsklausel ist nun nichtig, wenn z. B. in ihr ein untauglicher Schiedsrichter bezeichnet ist (ein Geisteskranker), wenn eine nicht existierende Person berufen ist (ein Verstorbener, ein nicht bestehender Verein); wenn die Klausel ein Rechtsverhältnis betrifft, über das sich die Parteien nicht vergleichen können. Weiterhin können aus den Gründen des BGB. (§§ 134, 138, Geschäftsunfähigkeit eines Vertragsschließenden) oder wenn die Erklärungen der Parteien hinsichtlich der Arbitrageklausel voneinander abweichen — also z. B. der eine Teil Münchener, der andere Mannheimer Arbitrage erklärt — so fehlt es an einem gültigen Schiedsvertrag, selbst wenn sich ein Schiedsgericht für zuständig erklärt und trotz des Protestes einer Partei ein Urteil erläßt. Es hat in diesem Fall Aufhebung zu erfolgen. Die Nichtigkeit der Klausel hat regelmäßig nicht die des Hauptvertrages zur Folge. Es werden eben dann die ordentlichen Gerichte zuständig.

b) Nichtigkeit des Hauptvertrages.

Wesentlich anders ist es, wenn der Hauptvertrag nichtig ist. Es ergeben sich folgende Fragen: Ist der Schieds-

vertrag (der als Vertragsbestandteil des Hauptvertrages gilt) ebenfalls nichtig, und wer hat über die Nichtigkeit des Haupt-vertrages zu entscheiden?

aa) Wird der Schiedsvertrag berührt?

Grundsätzlich, daran ist unbedingt festzuhalten, zieht die Nichtigkeit des Hauptvertrages die des Schiedsvertrages nach sich (139 BGB.) (vgl. RG. 27, 378; 31, 397. Oertmann ZZP. 45, 410)[10].

bb) Wer entscheidet über die Ungültigkeit?

Abgesehen von dieser grundsätzlichen Wirkung der Nichtigkeit des Hauptvertrages findet eine Ausnahme statt, wenn die Schiedsklausel selbst dem Schiedsgericht die Aufgabe erteilt, über die Gültigkeit des Hauptvertrages zu entscheiden. Wann eine Schiedsklausel soweit auszulegen ist, richtet sich nach dem jeweils vorliegenden Fall.

Einige Beispiele mögen dies veranschaulichen. Eine Klausel: „Bei Streitigkeiten soll jedes gerichtliche Verfahren ausgeschlossen sein“, legt das Reichsgericht dahin aus, daß sich der Schiedsvertrag hier nicht nur auf Streitigkeiten, die die Art der Ausführung betreffen, sondern auch auf Meinungsverschiedenheiten, die den Bestand des Vertrages selbst berühren, bezieht (vgl. LZ. 13, 105). Außerdem enthalten viele Schiedsgerichtsordnungen derartige Klauseln. § 3 der Berliner Handelsbräuche bestimmt: „Darüber, ob die Voraussetzungen der Zuständigkeit vorliegen, entscheidet das Schiedsgericht selbst.“ Das gleiche bestimmt § 2 der Schiedsgerichtsordnung f. d. Schiedsgericht des Ver. d. Getreidehändler der Hamburger Börse. Ein weiteres

---

[10]) Zu § 139 BGB. bemerkt Oertmann, daß die Regel dieses Paragraphen nicht das Vorliegen eines auch im Sinne der Wirkung einheitlichen Rechtsgeschäftes erfordere, sondern sich auf alle Fälle eines einheitlich vorgenommenen „rechtgeschäftlichen Tatbestandes“, beziehe, Teilnichtigkeit begründe im Zweifel ganze Nichtigkeit.

Beispiel bietet der § 17 des Schlußscheines d. Ver. Bremer Getreideimporteure. Er lautet: „Alle Streitigkeiten aus diesem Geschäft (mit Ausnahme der Qualitätsstreitigkeiten) sind durch das Schiedsgericht der Bremer Getreidehändler oder durch das Schiedsgericht der Getreidebörse in Hannover nach Wahl des Verkäufers und nach den für das betreffende Schiedsgericht geltenden Bestimmungen zu entscheiden.“ Diese Vertragsbestimmung unterbreitet alle Streitigkeiten aus dem Geschäft mit alleiniger Ausnahme der Qualitätsstreitigkeiten dem Schiedsgericht zur Entscheidung, also auch die Frage, ob durch das Geschäft ein gültiger Vertrag zustande gekommen ist. Denn die letzte Frage betrifft keine Qualitätsstreitigkeit. Es hieße auch die Worte pressen, wenn man „Streitigkeiten aus diesem Geschäft“ auffassen würde als „Streitigkeiten aus diesem Geschäft, falls es gültig ist“. Denn Geschäft ist nicht nur das gültige Geschäft und gerade die häufigen Streitigkeiten über die Gültigkeit von Getreidegeschäften, die der Krieg und die neue Zeit mit sich gebracht haben, sollten (um nicht völlig unpraktisch zu handeln) dem Schiedsgericht nicht enzogen sein. Hiernach hilft dem Beklagten auch nicht der § 139 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Denn die richtige vernunftgemäße Auslegung des mit dem Kaufvertrage verbundenen Schiedsvertrages zeitigt gerade das Ergebnis, daß die Gültigkeit des Schiedsvertrages unabhängig sein sollte für die Gültigkeit des Hauptvertrages (Oberschiedsgericht der Getreidebörse Hannover und Oberlandesgericht Celle). Neuerdings wurde, mit Rücksicht auf die Rechtsprechung, der § 1 der Einheitsbedingungen im deutschen Getreidehandel (beschlossen am 8. September 1928) in seinem ersten Absatz folgendermaßen abgefaßt: Alle Streitigkeiten, welche aus den in der Einleitung bezeichneten Geschäften entstehen, sind unter Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges durch ein Schiedsgericht zu entscheiden.“ Diese Schiedsklausel ist extensiv auszulegen, sie bezieht sich nicht nur auf Streitigkeiten aus abgeschlossenen Verträgen, sondern auf alle Streitigkeiten, die sich

auf Grund der Tatsache der Vertragsverhandlung zwischen den Parteien ergeben würden, also auch auf die Frage, ob ein Vertrag überhaupt zustande kam (Entsch. d. Kammergerichts vom 6. II. 24, 29 U 11, 407/23 bei ähnlichem Wortlaut).

Streiten kann man bei der Abrede: „Berliner Arbitrage“. Geheimrat Kisch führt in JW. 24, 1182 dazu aus: Das Kammergericht hat, ausgehend von § 7 der Berliner Handelsbräuche und § 3 der Schiedsgerichtsordnung (s. o.) sich auf den Standpunkt gestellt, daß durch diese Bestimmungen die sog. Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts vereinbart und dem Schiedsgericht die Befugnis eingeräumt werden sollte, allein und ausschließlich über seine Zuständigkeit zu entscheiden. Unterwerfen sich die Parteien einer so weitgehenden Bestimmung, wie § 7, so wollen sie ganz offenbar damit alle Streitigkeiten, die sich auf Grund der Vertragsverhandlungen ergeben, dem Spruch des Schiedsgerichts unterwerfen, auch hinsichtlich der Frage, ob ein Schiedsvertrag zustande gekommen ist. Dadurch einigen sie sich auch darauf, das Schiedsgericht über seine Zuständigkeit selbst entscheiden zu lassen. Die entgegengesetzte Auffassung über die Bedeutung einer solchen Klausel würde die Tätigkeit der Schiedsgerichte in unpraktischer Weise beschneiden und dem Willen der Partei nicht gerecht werden. Gegen diese Auslegung kann man mit Recht einwenden, daß ausdrücklich gegesagt ist „aus dem V e r t r a g e“ und nicht etwa „aus dem Geschäft“. Damit das Schiedsgericht tätig werden kann, müssen erst wirksame Rechtsbeziehungen, ein wirksamer Vertrag vorliegen. Vorher kann das Schiedsgericht nicht auftreten. Doch entspricht Kisch's Auslegung viel mehr dem praktischen Bedürfnis und ihr ist deshalb zuzustimmen[11]).

[11]) Vgl. noch JW. 14, 733: Liegt es auch nahe, den Schiedsvertrag oft als integrierenden unselbständigen Teil des Hauptvertrages zu bezeichnen, so ist doch rechtlich denkbar, daß eine solche Klausel dem maßgebenden Willen der Partei gemäß eine selbständige

cc) Einwand der Nichtigkeit.

Bei der Frage, ob der Einwand der Nichtigkeit des Vertrages gegen den rechtskräftigen Schiedsspruch noch möglich ist, kommt es nach Urteil des Reichsgerichts vom 24. XI. 22 darauf an, aus welchem Grund der Beklagte die Nichtigkeit anführt. Ob er nur die sachliche Bekämpfung des Klageanspruches bezweckt, ob er den Grund anführt, um einen für sich günstigen Schiedsspruch zu erhalten, oder ob er den Nichtigkeitsgrund des Vertrages anführt, um die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu verneinen. Im ersteren Falle gibt die Partei zu erkennen, daß sie im Einklang mit der klagenden Partei gewillt ist, die Streitsache unter Ausschluß der ordentlichen Gerichte dem Schiedsgericht zu unterbreiten. Es liegt also ein nachträgliches gültiges Schiedsabkommen vor, wonach das Schiedsgericht allein darüber zu entscheiden hat, ob der Vertrag gültig ist oder nicht. Die Entscheidung ist endgültig, eine sachliche Nachprüfung ist dem Staatsgericht verwehrt. Im anderen Falle, wenn der Beklagte den Einwand der Nichtigkeit des Vertrages vorbringt, um damit die Unzuständigkeit des Schiedsgerichtes zu betonen, so ist das Staatsgericht vor Erlaß des Vollstreckbarkeitsbeschlusses verpflichtet, den Kontrakt auf seinen rechtlichen Bestand hin nachzuprüfen. Hat sich der Beklagte auf das schiedsrichterliche Verfahren eingelassen, insbesondere von der ihm zur Erörterung der Frage der Gültigkeit des Vertrages gewährten Gelegenheit des rechtlichen Gehörs Gebrauch gemacht, so gibt der Beklagte dadurch stillschweigend seinen Willen kund, den Schiedsvertrag unabhängig vom Hauptvertrag bestehen zu lassen. In einem solchen Fall hat die Nichtigkeit des Hauptvertrages keineswegs ein Erlöschen des Schiedsvertrages zur Folge; und damit hat das Schiedsgericht die Entscheidung darüber, ob der Vertrag gültig

Natur hat und zwar derart, daß dem Schiedsgericht die Entscheidung darüber zukommt, ob der Vertrag, dem jene Klausel beigefügt ist, rechtswirksam ist.

ist oder nicht (RG. 27, 379). Man kann ein Einlassen des Beklagten auf die Erörterung der Gültigkeit aber auch als einen neuen, stillschweigend geschlossenen, ich möchte sagen „Ergänzungs“-Schiedsvertrag, betrachten, demzufolge das Schiedsgericht über seine Zuständigkeit entscheiden darf.

Bei der Untersuchung, ob der Vertrag zustande gekommen, kommt es darauf an, in welchen Punkten die Willenserklärungen der Parteien voneinander abgewichen sind. Sind sich beide Parteien in der Erklärung der Bezeichnung der Arbitrage einig, weichen sie aber bezüglich des Kaufpreises z. B. oder der Menge ab, so ist zwar ein gültiger Hauptvertrag nicht zustande gekommen. Man könnte nun aus § 139 BGB. folgern, daß auch die Schiedsgerichtsklausel unwirksam ist. Man kann aber auch § 154/55 BGB. anwenden. Liegt nämlich ein sogen. offener Dissens vor, d. h. haben sich die Parteien über Punkte eines Vertrages, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung geschlossen werden sollte, nicht geeinigt, so ist im Zweifel der ganze Vertrag nicht geschlossen. Der Beweis des Gegenteils ist also zulässig. Die Handelsbräuche gehen aber nur dahin, daß eben für Streitigkeiten ein Schiedsgericht vereinbart wird und unter Anwendung von § 154, sowie unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Handels kann man sagen: Ist selbst bezüglich des Hauptvertrages über alle Punkte eine Einigung noch nicht erzielt, wohl aber eine Übereinstimmung betr. der Arbitrageklausel herbeigeführt, so ist diese Gültigkeit und die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes damit begründet. Das gleiche gilt im Falle des versteckten Dissenses; glaubten die Parteien, sie hätten einen Vertrag geschlossen, ist dem aber nicht so und liegt eine übereinstimmende Erklärung bezüglich der Arbitrage vor, so gilt diese Einigung, da man in Handelskreisen annehmen kann, daß an dieser Vereinbarung die Parteien immer festhalten würden.

c) Zusammenfassung.

Zusammenfassend ist der Grundsatz, daß mit der einwandfreien Nichtigkeit des Hauptvertrages auch der Schiedsvertrag nichtig wird, dahin zu ergänzen, wenn es aber dem ausdrücklichen oder dem aus den Umständen zu entnehmenden Parteiwillen entspricht, daß das vorgesehene Schiedsgericht über die seine eigene Zuständigkeit erst begründende Wirksamkeit des Hauptvertrages entscheiden soll, so ist dies maßgebend[12]).

Diese Ansicht setzt nun weiterhin voraus, daß über nichtige Rechtsverhältnisse ein Vergleich abgeschlossen werden kann (§ 1025 ZPO.). Darüber gibt es verschiedene Meinungen, die ich in Kürze bringen will. Oertmann (vgl. ZZP. 47, 137) sagt: Ein Vergleich über ein nichtiges Rechtsverhältnis ist allein dann möglich, wenn wegen des Anspruches aus dem Hauptvertrag ein Streit denkbar ist. Wenn die Nichtigkeit so offensichtlich ist, daß eine ernstliche Frage nach der Gültigkeit ausgeschlossen erscheint, so sei eine durch Vergleich zu beseitigende Ungewißheit überhaupt nicht gegeben, also auch kein Schiedsvertrag zulässig. Dagegen wird eingewendet, wenn Ansprüche aus einem nicht gültigen Rechtsgeschäft bestritten werden, warum sollte über sie kein Schiedsvertrag geschlossen werden können? Nach einer anderen Ansicht ist die Schiedsklausel dann nichtig, wenn sie zur Umgehung einer Gesetzesvorschrift, auf die die Parteien nicht verzichten können, dienen soll (vgl. Warn. EB. 7, 442, 309). Dagegen sagt man, daß eine solche Umgehung verhindert wird, da das Staatsgericht nach § 1042 dies zu prüfen in der Lage wäre (vgl. dazu Breit im Recht, 27, 108 ff.).

---

[12]) Kohler ist der Ansicht, daß der Schiedsvertrag wegen seiner rein prozessualen Rechtsnatur immer fortbestehe, unabhängig von dem Rechtsverhältnis, in dem er als sog. Schiedsklausel enthalten ist.

d) Weitere Gründe.

Unzulässig ist ferner das Verfahren, wenn der Schiedsvertrag erlischt oder außer Kraft tritt. Der einfachste Fall ist beiderseitige Übereinkunft der Aufhebung des geschlossenen Schiedsvertrages. Ferner erlischt der Schiedsvertrag aus den Gründen des § 1033, wegen Todes eines Schiedsrichters (es sei denn, daß ein Ersatzrichter bestellt ist) oder wegen Wegfalles aus einem anderen Grunde und wegen Stimmengleichheit. Der letzte Fall ist nahezu ausgeschlossen, da ja bei wichtigen Sachen immer ein Obmann gewählt ist (vgl. z. B. § 3 der Schiedsgerichtsordnung des Schiedsgerichts d. Ver. der Getreidehändler d. Hbg. Börse u. a.: „Das Schiedsgericht verhandelt und entscheidet in der Besetzung durch drei Schiedsrichter. Jede Partei ernennt einen Schiedsrichter. Die beiden Schiedsrichter wählen einen Obmann . . ., wenn einer der drei Schiedsrichter stirbt . . ., so hat derjenige, der ihn gewählt hat, einen anderen Schiedsrichter (Ersatzschiedsrichter) zu bestellen“ und § 5 des Reglements für Entscheidungen durch den Vorstand des Vereins: „An der Abgabe eines Schiedsspruches müssen sämtliche fünf Mitglieder des Vorstands teilnehmen.“ Weiterhin tritt der Schiedsvertrag außer Kraft, wenn ein endgültiger, das Verfahren vollständig abschließender Schiedsspruch erlassen ist. Außerdem nach § 1044a durch einen das Verfahren beendigenden Vergleich. Ein weiterer Erlöschungsgrund ist der Rücktritt vom Vertrage aus § 326 BGB. Die Parteien sind verpflichtet, das zu tun, was nötig ist, um den Spruch herbeizuführen. Wenn z. B. ein Zusammenarbeiten beider Parteien bei der Ernennung des Schiedsrichters nötig ist, also etwa ein Dritter auf gemeinsamen Vertrag hin den Schiedsrichter ernennen soll, dann kann auf Erfüllung der Mitwirkung geklagt werden, oder es kann nach § 326 BGB. vom Vertrage zurückgetreten werden. Hierher gehört nicht der Fall des § 1029, da es sich nicht um eine wirkliche Pflicht handelt, sondern nur um eine mit Verwirkungsfolgen verbundene Last (Stein). Weiterhin erlischt

der Vertrag im Falle der Bedingung oder Befristung (es ist z. B. eine bestimmte Frist zur Klageeinreichung festgesetzt). Ein letzter Erlöschungsgrund ist ein rechtskräftiges Urteil der ordentlichen Gerichte, wenn die Einrede des Schiedsvertrages nicht erhoben wird und auf diese Art das ordentliche Gericht zuständig würde, wenn der Vertrag mit Erfolg angefochten ist.

Ein weiterer Unzulässigkeitsgrund ist der, daß der Schiedsvertrag sich nicht auf den Streit, den der Spruch entschied, bezieht. Hier ist besonders zu erwähnen, daß ein Schiedsrichter einer Partei über ihren Antrag hinaus etwas zuerkannte. Man muß sorgfältig unterscheiden zwischen Zusprechen über den Antrag hinaus und Zusprechen eines Anspruches, der nach materiellem Recht bei der konkreten Sachlage nicht zugesprochen werden durfte. Der letzte Punkt gehört nicht hierher (Bay. OL.-Gericht 7, 92). Bezieht sich der Schiedsspruch auf Streitpunkte, die dem Schiedsgericht nicht zum Entscheid unterstellt sind, so ist dies ein Unzulässigkeitsgrund.

Zu diesem Punkt bemerkt Eckstein im ZZP. 44, 74: Der ordentliche Richter, der über den Antrag der Partei erkennt, fällt doch ein Urteil, das im Fall der Versäumnis sämtlicher Rechtsmittel endgültig rechtskräftig wird, also Recht ist. Beim Schiedsrichter fragt er, ob ein solcher Spruch, in dem er über mehr urteilt, als sein Auftrag reicht, durch Aufhebungsklage zu beseitigen ist, oder ob er einfach als „Nichturteil“ angesprochen werden darf. Das Reichsgericht entscheidet, daß es in einem Falle, wo der Schiedsvertrag sich überhaupt nicht auf alle abgeurteilten Streitpunkte bezog, dem Schiedsspruch hinsichtlich der Überschreitung an der erforderlichen rechtlichen Grundlage fehlt, die durch den Parteiwillen — der im Schiedsvertrag zum Ausdruck gelangt — geschaffen wird. Das Verfahren ist dann unzulässig und der Aufhebungsgrund aus § 1041/I gegeben (RG. Gruchot 47, 1075; ebenso Gaupp-Stein und Gruch. 8, 379). Hiegegen stellt sich Eckstein auf den Standpunkt, daß ein Nichturteil vorläge. Nach Vergleichung der Tätigkeit des Richters

und des Schiedsrichters sagt er für den Schiedsrichter folgendes: für ihn sei allein der Schiedsvertrag vorhanden. Soweit ihn dieser zum Richter macht, soweit geht seine Befugnis, Recht zu sprechen. Entscheidet er über mehr, so liegt ein Nichturteil vor, das die Parteien ignorieren können[13]).

Der Ansicht des Reichsgerichts wird man das zugute kommen lassen müssen, daß sie jedenfalls zu sicheren Ergebnissen führt, während dadurch, daß sich eine Partei an das Urteil hält, die andere es ignoriert, nur Rechtsunterſicherheit entsteht. Und gerade in dem Fall, wo sich die Ansichten der Parteien wegen der Gültigkeit des Schiedsspruches konträr entgegenstehen, muß nun doch geklagt werden und zwar fordert, in logischer Fortführung seiner Ansicht, Eckstein die negative Feststellungsklage. Warum sollte man nicht von vornherein, um die Unsicherheit nicht erst aufkommen zu lassen, die Aufhebungsklage als das Richtigere vorziehen. Diese praktische Erwägung erscheint mir ausreichend, um dem Reichsgericht beizustimmen.

Läßt sich der Beklagte jedoch vorbehaltlos hinsichtlich des Streites auf das Verfahren ein, so unterwirft er sich durch den darin zu erblickenden neuen Schiedsvertrag unter Behebung des bisherigen Mangels auch hinsichtlich dieser neuen Ansprüche dem Schiedsgericht.

Wirkt bei der Fällung des Spruches in dem Verfahren ein Schiedsrichter mit, der keine Befugnis zu schiedsrichterlichen Verrichtungen hatte, so liegt ebenfalls ein unzulässiges Verfahren vor. Wenn also z. B. eine Schiedsgerichtsordnung für jeden Schiedsrichter die Eintragung ins Handelsregister fordert und

---

[13]) Ähnlich Nußbaum ZZP. 42, 281: „Die sogenannte formelle Rechtsbeständigkeit hängt mit der autoritären Stellung des staatlichen Richteramtes zusammen, die Tätigkeit der Schiedsrichter beruht auf dem Parteiwillen. Die Rechtshandlungen der Schiedsrichter müssen der privatrechtlichen Beurteilung unterliegen und sind daher bei wesentlichen Mängeln ebenso nichtig wie andere Privathandlungen.

der Betreffende ist nicht eingetragen, oder wenn ein erfolgreich abgelehnter Schiedsrichter des Amtes waltet. Ein weiteres Beispiel bietet die Hanseat. RZ. 26, 390. Wenn an Stelle eines ernannten Schiedsrichters dessen Vertreter als Schiedsrichter fungiert, ohne daß der ursprüngliche Schiedsrichter, sowie der Gegner seine Einwilligung erteilt hat[14]).

Ein Verzicht auf die Rüge der ordnungsmäßigen Besetzung ist in der Einlassung auf die Verhandlung zu erblicken. Es liegt im Belieben der Partei, sich dem Spruch eines Schiedsgerichts, auch wenn es im Widerspruch mit der Schiedsgerichtsordnung gebildet ist, zu unterwerfen; wenn also etwa der Kläger, ohne Widerspruch zu erheben, in die Verhandlung vor dem Schiedsgericht, an das seine Klage verwiesen war, eintrat und damit seinen Willen bekundete, daß die Rechtsstreitigkeit gerade durch dieses Schiedsgericht entschieden werden sollte, so liegt darin ein Verzicht auf die Geltendmachung der Ordnungswidrigkeit der Besetzung. Ein solcher Verzicht läßt sich aber nicht schon dann annehmen, wenn eine Partei in Unkenntnis der Ordnungswidrigkeit sich auf das Verfahren einließ, vielmehr kann sie dann, sobald sie von den Mißständen Kenntnis erlangt, die Rüge wirksam geltend machen (Hans. RZ. 26, 149). Fälle der Überschreitung und damit der Unzulässigkeit des Verfahrens sind auch die Erlassung eines seinem Inhalt nach ungesetzlichen Spruches, die Verurteilung eines nicht im Verfahren als Partei Beteiligten, ferner das „Sich-Hinwegsetzens“ über zwingende Formen.

Abschließend sei nochmals darauf hingewiesen, daß die Geltendmachung dieses Aufhebungsgrundes dann ausgeschlossen ist, wenn sich die Partei in Kenntnis des Mangels, so weit er heilbar ist, auf das Verfahren eingelassen hat. Unheilbar sind solche Mängel, die von Amts wegen zu berücksichtigen sind, also etwa

[14]) Das gleiche gilt für einen Anwalt als Schiedsrichter, dessen Bevollmächtigter ohne beiderseitige Einwilligung das Amt versieht.

Unfähigkeit zur Ausübung des Schiedsrichteramtes oder Unzulässigkeit eines Vergleiches nach § 1025. Behauptet der Beklagte die Unzulässigkeit des Verfahrens erst in der Berufungsinstanz, so hat er die Geltendmachung dieses Aufhebungsgrundes noch nicht verwirkt (vgl. Hans. GZ. 25, H. 185). Wird der Einwand der Unzulässigkeit des Schiedsverfahrens erhoben, so steht es immer noch im freien Ermessen des Schiedsgerichts, ob es deswegen seine Tätigkeit versagen, oder, ohne Rücksicht hierauf, das Verfahren fortsetzen will. Die Partei hat keine Handhabe zur Sistierung des ihrer Ansicht nach unzulässigen Verfahrens. Sie kann nicht etwa eine einstweilige Verfügung eines Staatsgerichts erwirken. Kein Staatsgericht hat die Möglichkeit, dem Schiedsgericht Einhalt zu gebieten. Wäre die Partei zu einer solchen Verhinderung des Verfahrens durch derartige Einwände in der Lage, so wäre der Verschleppungstaktik ein guter Weg gewiesen. Die Partei kann den trotz ihres Widerspruchs ergangenen Schiedsspruch nur mit der Aufhebungsklage, die auf der vermeintlichen Unzulässigkeit des Verfahrens gegründet sein kann, anfechten.

II. Der zweite Grund des § 1041.

Der zweite Aufhebungsgrund des § 1041 ist der, daß ein Schiedsspruch eine Partei zu einer Handlung verurteilt, deren Vornahme verboten ist.

Verurteilung zu einer verbotenen Handlung liegt nur dann vor, wenn die auferlegte Handlung an und für sich verboten ist. Man muß davon den Fall trennen, daß die Handlung, zu welcher der Beklagte verurteilt wird, zwar erlaubt ist, aber zur Erfüllung eines unerlaubten Geschäftes dient. Die frühere Ansicht des Reichsgerichts über den Begriff verbotene Handlung war folgende (RG. 26, 376 und 10/11. Aufl. Stein): Verboten ist jede Handlung, die gegen ein Verbotsgesetz verstößt; z. B. die Vornahme einer gegen die guten Sitten verstoßenden. Nach den Motiven soll diese Bestimmung der des § 888 Abs. II ZPO.

entsprechen. § 888 besagt, daß der Schuldner zur Vornahme einer Handlung, die ausschließlich von seinem Willen abhängt, auf Antrag des Gegners durch Geldstrafe und Haft angehalten werden kann, ausgenommen die drei Fälle der Verurteilung zur Ehe, zur Herstellung des ehelichen Lebens und zur Leistung von Diensten aus Dienstverträgen. Eine verbotene Handlung wäre also aufzufassen als eine „nicht erzwingbare Handlung". Diese Auslegung war zu weit. Es fallen nicht unter den Begriff der verbotenen Handlung im Sinne des § 1041 die, deren Vornahme nicht erzwungen werden kann (so auch Freudenthal, Sauerländer, Stein neuere Aufl., Rosenberg). So ist ein zu Leistungen von Diensten aus Dienstverträgen verurteilender Schiedsspruch nicht deshalb anfechtbar, weil ein Erfüllungszwang ausgeschlossen ist; warum sollte man nicht versuchen dürfen, den Vertrag verletzenden Teil durch ein Urteil zu veranlassen, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Es wird sicher manchmal dieser Druck genügen, in Fällen, in denen keinerlei schwerwiegende Gründe zur Dienstverweigerung vorliegen, die Erfüllung des Dienstvertrages zu bewirken. Weiterhin sind verbotene Handlungen solche, denen die Rechtsordnung die Rechtswirksamkeit versagt — z. B. entscheidet das Reichsgericht (RG. 57, 31) „ein Schiedsspruch, in welchem eine Partei verurteilt wird, die Eintragung eines nicht eintragungsfähigen Rechtes zu bewilligen, unterliegt der Aufhebung."

Hier ist weiterhin eine etwaige Änderung der Gesetzgebung zu berücksichtigen. Das Reichsgericht hat sich hier in richtiger Erkenntnis, daß es nicht angehe, daß ein Staatsgericht durch Zulassung der Vollstreckung eine (neuerdings) verbotene Handlung erzwinge oder zu deren Vornahme behilflich sei, dahin entschieden, daß die Frage des Verbots einer Handlung nach der Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung über die Aufhebungsklage zu beurteilen sei. (Anders bei der Entscheidung darüber, ob sich das Schiedsgericht über zwingende Vorschriften hinweg-

gesetzt hat; hier ist der Zeitpunkt der Fällung des Spruches maßgebend).

III. Der dritte Grund des § 1041.

Der dritte Grund sei in aller Kürze behandelt, da er speziell für das Schiedsverfahren keinerlei Besonderheiten hat. Er lautet: Wenn die Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat. Es ist dieselbe Vorschrift wie in § 551, 5. Eine Partei ist nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten, wenn das Urteil für oder gegen sie ergangen ist, während die Partei selbst nicht prozeßfähig war oder ihrem Vertreter die Vertretungsmacht mangelt. Hierbei ist gleichgültig, ob die Partei selbst gehandelt hat, oder ihr Vertreter; ob die Partei überhaupt nicht, oder in nicht zulässiger Weise vertreten war, ob der Mangel erst im Laufe des Verfahrens auftrat oder bereits von Anfang an vorlag. Es gehören hierher: das eigene Auftreten der prozeßunfähigen Partei, Prozeßführen eines Dritten, der sich für die Partei ausgibt, das Auftreten eines nicht legitimierten gesetzlichen Vertreters. Ein Aufhebungsgrund ist gegeben, wenn die Partei nicht geladen war und deshalb nicht erschien. Wenn der Partei nicht Gelegenheit gegeben war, sich zu äußern und Anträge zu stellen (hier überschneidet sich dieser Grund mit dem 4. Aufhebungsgrund). Es ist zu beachten, daß nach § 1034 das Verfahren von den Schiedsrichtern nach freiem Ermessen gestaltet wird, es liege denn eine anderweitige Vereinbarung vor; eine förmliche Ladung ist im allgemeinen nicht erforderlich, wohl aber dann, wenn nach § 1036 eine richterliche Handlung vorzunehmen ist. Ist eine derartige Ladung nicht ordnungsgemäß erfolgt und sind deshalb die Parteien vor Gericht nicht vertreten, so ist § 1041/3 gegeben (aber auch 1041/4 s. u.). Auch dieser Aufhebungsgrund fällt weg, wenn die Partei im weiteren Verlauf des Verfahrens

ausdrücklich oder stillschweigend auf die Rüge des Mangels verzichtet.

IV. Der vierte Grund des § 1041.

Als vierten Grund nennt das Gesetz folgenden: wenn der Partei in dem Verfahren das rechtliche Gehör nicht gewährt war.

An diesen Punkt reihen sich mehrere Streitfragen. Das Schiedsgericht muß den Parteien rechtliches Gehör gewähren, d. h. die Möglichkeit, alles vorzubringen, was für die Sache von Bedeutung zu sein scheint. Die Bestimmung darüber, in welcher Art und Weise und vor allem in welchem Stadium des Verfahrens die Parteien zu hören sind, steht dem Schiedsgericht zu. Jedenfalls ist vorweg zu sagen, daß die Anhörung in einer Weise erfolgen muß, die den Anforderungen einer gewissenhaften und unparteiischen Rechtspflege entspricht.

Das Reichsgericht und das Bayerische Oberste Landesgericht sprachen aus, daß das Erfordernis des rechtlichen Gehörs grundsätzlich weniger streng zu nehmen sei, wie bei den ordentlichen Gerichten: daß den gesetzlichen Erfordernissen Genüge geleistet ist, wenn den Parteien Gelegenheit gegeben ist, sich schriftlich oder mündlich zu äußern, dann genügt es, wenn sie unter Einhaltung einer zur Wahrnehmung ihrer Rechte hinreichenden Frist zum Termin geladen wurden oder zur schriftlichen Stellungnahme aufgefordert worden sind. Eine Benützung der Gelegenheit ist nicht erforderlich. Der erste Teil dieser Entscheidungen kann ohne Widerspruch hingenommen werden, soweit es sich um die grundsätzliche Einstellung handelt. Aus den weiteren Ausführungen dieser Gerichte ergeben sich viele Ungenauigkeiten, auf die im folgenden hingewiesen wird. — Eine bessere Einstellung hat das Hanseatische Oberlandesgericht. Es sprach am 22. IX. 27 folgendes aus: Zwar steht es dem Schiedsgericht frei, die Verhandlung auf einen einzigen Punkt zu beschränken; zu diesem Punkte aber muß den Parteien ausreichende Gelegenheit geboten sein, das Wort zu er-

greifen. Die Partei hat das Recht, das vorzutragen, was ihr wesentlich erscheint. Erst wenn das Schiedsgericht die Partei gehört hat, darf es entscheiden, ob das Vorgetragene wesentlich ist. Die Partei braucht sich daher nicht auf die Beantwortung von Fragen beschränken zu lassen, sondern kann verlangen, tatsachliche und rechtliche Ausführungen zu dem Punkte, der zur Verhandlung steht, machen zu dürfen. Die ZPO. erblickt in dem Anspruch auf rechtliches Gehör ein so wichtiges Recht der Partei, daß es wegen Nichtgewährung die Aufhebung des Spruches zuläßt. Die Schiedsrichter dürfen es daher mit der Gewährung des rechtlichen Gehörs *nicht leicht* nehmen. Sie müssen ihre vornehmste Pflicht darin erblicken, die Parteien, die sich ihrer Entscheidung unterworfen haben, anzuhören.

Was die Form betrifft, so ist allgemein die Ansicht richtig, daß das Verfahren mündlich oder schriftlich gestaltet werden kann.

1. Unmittelbarkeit.

Müssen die Parteien unmittelbar gehört werden, d. h. vor dem ganzen Schiedsrichterkollegium oder genügt es, wenn die übrigen Richter durch einen aus ihrer Mitte von den Streitpunkten in Kenntnis gesetzt werden?

Das Reichsgericht stellt sich auf folgenden Standpunkt (JW. 09, 421, 26): es genügt, wenn den Parteien Gelegenheit gegeben ist zur Wahrnehmung ihrer Rechte und zur Darlegung der von ihnen behaupteten Tatsachen. Es ist nicht erforderlich, daß alle Schiedsrichter die Parteien hören; ferner spricht es aus, daß es zuläßig ist, den Schiedsspruch zu erlassen, nachdem ein Teil der Schiedsrichter die Partei hörte und der andere Teil von dem Vorbringen der Partei *irgendwie* in Kenntnis gesetzt ist. Es liegt nicht im Begriff des Gewährens eines rechtlichen Gehörs an sich eingeschlossen, daß zwischen der betreffenden Partei und jedem Schiedsrichter eine unmittelbare Verhandlung stattgefunden hat. Unter dem bezeichneten Erfordernis ist nur zu verstehen, daß das, was die Parteien zu

ihrer Rechtsverfolgung geltend gemacht haben, zur Kenntnis eines jeden Schiedsrichters in dieser Eigenschaft gelangt sein muß. Das Erfordernis ist also auch dann erfüllt, wenn ein Schiedsrichter das Vorbringen der Partei durch Vermittlung eines anderen mitwirkenden Schiedsrichters vernommen hat.

Dieser Ansicht kann ich jedoch nicht beipflichten. Ich möchte Kann zustimmen, der fordert, daß das Prinzip der Unmittelbarkeit im Schiedsverfahren nicht außer Acht gelassen wird. Die hohe Aufgabe eines Richters Recht zwischen zwei Streitenden zu schaffen, bringt es als mindeste Selbstverständlichkeit mit sich, daß der Richter genau über die Streitsachen im Bilde ist, deshalb ist ja auch im ordentlichen Verfahren der Grundsatz der Unmittelbarkeit streng durchgeführt. Warum nun auf einmal solches im Schiedsverfahren nicht gelten soll, ist nicht einzusehen. Gewiß ist im allgemeinen der Schiedsrichter nicht so streng an Gesetze und Verfahrensvorschriften gebunden, wie der ordentliche Richter, aber daraus kann man doch nur ableiten, daß er um so mehr die Pflicht hat, sich genau über die Streitsache zu vergewissern, um ein richtiges Urteil fällen zu können. Dazu gehört nun meiner Ansicht nach, daß er selbst die Art und Weise des Parteivorbringens miterlebte, denn auch dies spielt eine große Bedeutung. Es ist eine bekannte Tatsache, daß Äußerungen, besonders wenn sie schwierige Probleme betreffen, oft ganz anders wirken, und einen ganz anderen Sinn haben, je nachdem sie direkt vernommen, oder durch Vermittlung eines anderen erst übertragen sind. Und da nun eben bei den Schiedsrichtern, weil sie meist Laien sind, die Gefahr größer ist, daß ein Schiedsrichter entweder durch die Mitteilung eines Vermittelnden in dessen Sinn, was ganz natürlich ist, beeinflußt, ja zu einer bestimmten Auffassung von vornherein gedrängt wird, oder daß er überhaupt eine falsche, irrige Auffassung oktroyiert bekommt, während er selbst, sei es vermöge besserer Sachkunde oder aus eigener Erfahrung des gleichen Falles bei unmittelbarer Anhörung der Partei das richtige, ursprüngliche Bild bekommen

hätte — da diese Gefahr sehr groß ist, so kann vor ausschlaggebenden Irrtümern nur die strenge Durchführung des Prinzips der Unmittelbarkeit schützen. Daß dadurch das Verfahren verzögert wird, kann niemand ernsthaft behaupten; denn in der Regel sind ja alle Schiedsrichter im Termin. Da im allgemeinen die Parteien wohl kaum verhandeln würden, wenn sie sehen, daß nur einer der Schiedsrichter eventl. sogar der von der Gegenpartei ernannte sich mit der Sache befaßt, so ist der eben erwähnte Einwand nicht schlagkräftig. Streitig ist ferner, ob bestimmt werden darf, daß die Parteien sich eines Rechtsanwaltes nicht bedienen dürfen. Diese Frage ist im allgemeinen verneint worden (vgl. DJZ. 10, 161). Das Reichsgericht hält die Ausschließung jedenfalls dann für unzulässig, wenn die Parteien nicht in der Lage sind, normalerweise den Streitfall ohne Anwalt sachgemäß vorzubringen.

2. Anhörung beider Parteien.

Weiterhin muß man verlangen, daß beide Parteien gehört werden. Auch hierüber sind die Ansichten geteilt. Ein Beispiel bietet die JW. 12, 249, 19. Der Beklagte ist verschiedene Male weder zur Zeugenvernehmung noch zu Sachverständigenunterredungen geladen worden, „die Schiedsrichter sind in der Gestaltung des Verfahrens frei und nicht an die Regeln der ZPO. gebunden. Eine ungenügende Gewähr rechtlichen Gehörs kann nicht darin erblickt werden, daß eine Partei der Zeugenvernehmung beiwohnte, die andere aber nicht zugezogen war. Auch darüber, ob und in welchem Umfang den Parteien die Möglichkeit zu gewähren sei, bei Zeugenvernehmungen anwesend zu sein, entscheidet das freie Ermessen des Gerichts. Hält es ihre Anwesenheit nicht für erforderlich, so ist eine Ladung überflüssig.

Die andere Ansicht, die richtige, daß beide Parteien zu hören sind, vertritt das Oberlandesgericht Hamburg (Rspr. 15, 299): Zur Ablehnung genügt es, daß ein Schiedsrichter nach Übernahme des Amtes auf Ersuchen des Antragstellers eine Besich-

tigung ohne Zuziehung der Gegenpartei vorgenommen hat. Ein Richter, mag er staatlicher oder Schiedsrichter sein, setzt sich der Gefahr der Ablehnung wegen Befangenheit aus, wenn er einer Partei gestattet, einseitig mit ihm sich über den Streitgegenstand zu besprechen, wenn er auch nur die Absicht dabei verfolgt, das Streitobjekt kennen zu lernen.

Es wird also gefordert, daß beide Parteien zu Verhandlungen zuzuziehen sind. Daß es auch dem praktischen Bedürfnis entspricht, beweist § 8 der in jeder Hinsicht vorbildlichen Schiedsgerichtsordnung d. Ver. d. Getreidehändler d. Hbg. Börse, der bestimmt: das Schiedsgericht hat beide Parteien zu hören und das der Streitigkeit zu Grunde liegende Sachverhältnis zu ermitteln.

3. Wann sind beide Parteien zu hören? Eventualmaxime?

In welchem Stadium des Verfahrens sind die Parteien zu hören? Gilt hier die Eventualmaxime oder müssen die Parteien wiederholt gehört werden?

Das Reichsgericht verlangt, daß die Parteien, sobald ihnen Gelegenheit zur Äußerung gegeben wird, alle Einwendungen vorbringen, auch die, die ihnen fern liegen und unerheblich erscheinen! In JW. 25, 809 ist folgende Entscheidung enthalten: Das Gesetz enthält keine Vorschrift darüber, in welchem Umfange die Schiedsrichter ihre Verpflichtung den Parteien rechtliches Gehör zu gewähren, zu erfüllen haben; es genügt, wenn den Parteien schriftlich oder mündlich, einzeln oder gleichzeitig Gelegenheit zur Wahrnehmung ihrer Rechte und Darlegung der von ihnen behaupteten Tatsachen gegeben ist. Ein wiederholtes Gehör ist nicht erforderlich. Es ist Sache der Parteien, in ihren Erklärungen das gesamte Sach- und Rechtverhältnis zu berücksichtigen und hierbei vorsorglich auf Möglichkeiten einzugehen, die ihnen vielleicht fern liegen und unbedeutend erscheinen.

Dieses Urteil erscheint sehr bedenklich. Abgesehen davon, daß es fast Unmögliches von den Parteien verlangt, und jedenfalls

zu einer Weitschweifigkeit zwingt, die im Interesse einer guten Verständigung in keiner Weise wünschenswert erscheint, so ist nach diesem Urteil eine wiederholte Anhörung unnötig, selbst dann, wenn die Gegenpartei bei ihrem Vorbringen ganz neue Gesichtspunkte vorträgt. Hiegegen meint allerdings Kisch in JW. 25, 809 u. a.: (Ein nach kurzer Verhandlung angeregter Vergleich war gescheitert.) „Haben nach Würdigung des Vergleichsvorbringens Vergleichsverhandlungen stattgefunden (s. N. in JW.), so kann nach erfolgloser Erledigung derselben auf Grund des früheren Vorbringens entschieden werden, ohne daß den Parteien erneute Gelegenheit zur Verhandlung gegeben wird. Das Vorbringen, welches der Partei durch ein solches Verfahren abgeschnitten wird, mußte sie eben schon vorher äußern. Eine andere Frage ist allerdings die, ob die rücksichtslose Durchführung dieses strengen Standpunktes dem Interesse der Partei und dem Ansehen des Schiedsgerichtswesens besonders nützlich ist.“ Kisch gibt also wenigstens zu, daß der Standpunkt des Reichsgerichts zu Härten und Rechtsunsicherheiten führen kann. Inzwischen hat das Reichsgericht seinen Standpunkt doch ein klein wenig geändert und im Bd. 112, 316 führt es aus, nach einer Beweisaufnahme ist die Anhörung einer Partei zu wiederholen, wenn sich ein neuer Gesichtspunkt oder neues Material ergeben hat, zu dem Stellung zu nehmen, die Partei bisher keine Gelegenheit hatte (vgl. Hanseat. GZ. 27, H. 286). Wenn eine vom Schiedsgericht ermittelte neue Tatsache keine besondere Bedeutung hat, ist der Schiedsrichter natürlich nicht verpflichtet, dies den Parteien mitzuteilen.

4. Mündlichkeit.

Zur Gewährung des rechtlichen Gehörs ist weiterhin erforderlich, daß das Schiedsgericht mit ausreichender Frist zur Verhandlung lädt. Das rechtliche Gehör ist also nicht gewährt, wenn der Beklagte den Termin nicht rechtzeitig erfährt. Wenn nach ständiger Sitte der Beklagte damit rechnen konnte,

nach Einreichung von Schriftsätzen, mündlich sich auch noch äußern zu können, so muß mündliche Verhandlung anberaumt werden. Die Gewährung eines derartigen rechtlichen Gehörs ist ein Teil des nun einmal vom Schiedsgericht eingeschlagenen Verfahrens, von dem es nicht abweichen darf, ohne vorher den Beklagten in Kenntnis zu setzen. Wenn das Schiedsgericht einmal eine mündliche Verhandlung angeordnet hat, so hat der Beklagte ein formelles Recht auf mündliches Gehör (Hans. RZ. 8, 125). Dagegen meint nun Max Mittelstein, das Schiedsgericht könne jederzeit wieder seine Anordnungen umstoßen und hält die Übertragung der Normen der ZPO. auf das Schiedsverfahren für unrichtig, er sagt: „dem Beklagten gibt das Hanseat. OLG. durch die Terminsanberaumung ein formelles Recht auf mündliches Gehör, damit sind Gedanken einer staatlichen Prozeßordnung als öffentlich-rechtliche Sätze übertragen auf das freie, durch die privaten Schiedsrichter geregelte Verfahren. Das halte ich nicht für richtig.“ Ich möchte der Ansicht des OLG. trotzdem beipflichten. Auf jeden Fall ist dann, wenn die Schiedsgerichtsordnung die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung zur Pflicht macht, in ihrem Unterlassen ein Versagen rechtlichen Gehörs gegeben, das die Aufhebung des Schiedsspruches zur Folge hat. Vorgeschrieben ist eine mündliche Verhandlung z. B. beim Waren-, Butter-, Kautschuk- (nicht Termin) und Seeschiedsgericht, ebenso beim abgekürzten Verfahren des Getreidevorstandsschiedsgerichts (vgl. noch Urteil des RG. v. 5. X. 1910. Schl. H. A. 27, 133, RG. VI, 6. 6. 27, 48/27).

5. Aufhebungsklage oder Berufung ans Oberschiedsgericht, um sich nachträglich rechtliches Gehör zu verschaffen.

Bei der Frage des rechtlichen Gehörs ist noch folgende Zwischenfrage zu erledigen: Für Schiedsgerichte, bei denen ein

Instanzenzug vorgesehen ist[15]), ergibt sich die Frage, ob der Beklagte, dem das rechtliche Gehör in erster Instanz versagt worden ist, die Verpflichtung hat, Berufung einzulegen oder ob er ohne Einlegung der Berufung an das Oberschiedsgericht sich darauf beschränken kann, die Aufhebungsklage vor dem ordentlichen Gericht zu erheben.

Es liegt zu diesem Fall ein Urteil des OLG. Breslau (8 U. 1/25) vor. Der Tatbestand ist in Kürze folgender: Der Beklagte hatte im Schiedsgerichtsverfahren Berufung eingelegt. Die Berufung wurde als unzulässig verworfen, da er den Gebührenvorschuß nicht bezahlt hatte. Alsdann hatte er die Aufhebungsklage beim Landgericht erhoben mit der Begründung, es sei ihm das rechtliche Gehör nicht gewährt worden, da das Schiedsgericht Beweise erhoben hat, ohne ihn von deren Ergebnis zu benachrichtigen (s. o.). Er wurde in beiden Instanzen mit der Klage abgewiesen. Aus den Gründen des Oberlandesgerichts Breslau ist folgendes zu entnehmen: In dem Schiedsverfahren war ein Oberschiedsgericht vorgesehen. Bei diesem hat der Berufungskläger Berufung gegen den Spruch eingelegt. Dadurch war ihm die Möglichkeit gegeben, seine Angriffe gegen den erstinstanzlichen Schiedsspruch vorzutragen und sich so das versagte rechtliche Gehör noch im Rahmen des Schiedsverfahrens zu verschaffen. Wenn er nun durch Nichteinzahlung des Gebührenvorschusses es dahin gebracht hat, daß seine Berufung vom Oberschiedsgericht als unzulässig verworfen wurde, so hat er sich die Folgen selber zuzuschreiben, er kann aber nicht nachträglich noch die Verweigerung des rechtlichen Gehörs durch Anrufung der ordentlichen Gerichte rügen. Schon aus diesem Grund war die Berufung zurückzuweisen und darauf, ob über-

---

[15]) Vgl. § 21 d. Schieds.G.O. d. V. d. Getreidehändler d. Hbg. Börse: Gegen den Schiedsspruch d. Schiedsger. steht den Parteien die Berufung an das Oberschiedsger. zu ... Das Oberschiedsger. ist auch zuständig für die Berufung gegen Entsch. anderer Sch. Ger., wenn die Parteien dies vereinbaren.

haupt eine Versagung des rechtlichen Gehörs vorlag, braucht nicht eingegangen zu werden.

Eine grundsätzliche Bedeutung hat diese Entscheidung dahin, daß der Beklagte in jedem Fall von einer etwa vorgesehenen Berufung Gebrauch machen muß. Unterläßt er dies, so hat er selbst auf die Möglichkeit, sein angeblich unbeachtetes Vorbringen noch geltend zu machen, verzichtet. Eine Versagung des rechtlichen Verhörs, worauf eine Aufhebungsklage gegründet werden könnte, liegt nicht mehr vor. Gegen dieses Urteil hat Herr Dr. Skalda[16]) Bedenken erhoben. Zwar begrüßt er die Lösung der Frage in dieser Richtung, da dem im schiedsgerichtlichen Verfahren verurteilten Schuldner wiederum eine Handhabe genommen würde, Schiedsurteile anzufechten und seine Zahlungsverpflichtung neuerlich zu verzögern. Er fürchtet aber, daß sich andere Gerichte, besonders das Reichsgericht, diesem Urteil nicht anschließen würde. Wo ein Oberschiedsgericht besteht, hat dieses den Hauptzweck, die Entscheidung der ersten Instanz zu überprüfen und damit den Parteien zwei Instanzen zur Beurteilung ihrer Streitsache zu gewähren. Nach dem Urteil des Breslauer OLG. würde dem Kontrahenten eine Instanz genommen werden. Das Oberschiedsgericht soll erst dann in Tätigkeit treten, wenn die erste Instanz ein endgültiges Urteil gefällt hat und zwar nach gründlicher Erforschung der Sachlage. So lange aber nun den Parteien das rechtliche Gehör nicht gewährt ist — und dies ist nach dem Obengesagten der Fall — hat die erste Instanz die Streitsache nicht genügend geprüft. Durch eine Aufhebungsklage hätte das erstinstanzliche Schiedsgericht nochmals die Sache zu prüfen und zu entscheiden gehabt. Erst dann konnte das Oberschiedsgericht in Aktion treten. Nur jetzt kann das Oberschiedsgericht, wenn überhaupt Berufung eingelegt ist, die Stellungnahme gegenüber den Äußerungen, welche die Parteien zum Ergebnis der Beweisaufnahme zu machen haben, nach-

[16]) Syndikus d. Ver. d. Getreidehändler der Hamburger Börse.

prüfen. Skalda vertritt also gegenüber dem OLG. Breslau den Standpunkt, daß die Partei ein berechtigtes Interesse daran hat, den Prozeßstoff sowohl vor dem Schiedsgericht, als auch vor dem Oberschiedsgericht zu erörtern. Durch den Zwang, Berufung einzulegen, statt auf § 1041/4 zurückzugreifen, wird den Parteien eine Instanz abgeschnitten. Hierbei übersieht er aber den § 539 ZPO.: „Leidet das Verfahren erster Instanz an einem wesentlichen Mangel, so kann das Berufungsgericht unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens, soweit das letztere durch den Mangel betroffen wird, die Sache an das Gericht erster Instanz zurückverweisen.“ Es unterliegt auch dem freien Ermessen des Oberschiedsgerichts, die Sache an das Schiedsgericht zurückzuverweisen. Dadurch ist das Parteiinteresse genügend gewahrt. Denn schwierige Fälle wird das Oberschiedsgericht sicherlich zu nochmaliger gewissenhafter und sorgfältiger Behandlung zurückverweisen, einfache, spruchreife Sachen wird es selbst entscheiden, also z. B. den Parteien Gelegenheit geben, jetzt vor dem Oberschiedsgericht seine Äußerungen zur Beweisaufnahme vorzubringen. Ich glaube sicher, daß die anderen Gerichte dem OLG. Breslau folgen werden, und es ist daran festzuhalten, daß zunächst der Instanzenzug des Schiedsverfahrens zu erschöpfen ist, um sich rechtliches Gehör zu verschaffen, bevor man sich mit der Aufhebungsklage an die ordentlichen Gerichte wenden darf.

Zusammenfassend wiederhole ich, wesentlich für die Gewährung des rechtlichen Gehörs ist es, daß beiden Parteien Gelegenheit gegeben war, alles ihnen erforderlich Erscheinende vorzutragen und zwar so, daß alle Schiedsrichter unmittelbar durch die Parteien über die Streitsache unterrichtet sind, sei es nun durch Anhören im mündlichen Verfahren, sei es durch Kenntnisnahme der Schriftstücke beider Parteien im schriftlichen Verfahren. Die Gelegenheit, sich zu äußern, muß den Parteien so oft gewährt sein, als es notwendig erscheint, auf ein neues Vorbringen des Gegners ihre Gegenbehauptungen vorzutragen.

V. Der fünfte Grund des § 1041.

Der fünfte Grund liegt vor, wenn der Schiedsspruch nicht mit Gründen versehen ist. Dieser Aufhebungsgrund entspricht § 551/7. Im Schiedsverfahren kann man jedoch nicht die gleich strengen Erfordernisse an die Begründung des Schiedsspruches stellen. Nach § 551 dürfen die Gründe nicht so unvollständig sein, daß sie nicht ergeben, weshalb ein einzelnes Vorbringen oder ein Antrag keine Berücksichtigung gefunden hat, sie dürfen nicht so undeutlich sein, daß nicht erkennbar ist, ob die Entscheidung sich auf rechtliche oder tatsächliche Erwägungen stützt; sie dürfen nicht inhaltslos sein, also nur allgemeine Redensarten enthalten (man habe die Überzeugung gewonnen u. a.). Dies ist in Kürze eine Übersicht über die Erfordernisse des § 551 (vgl. Stein).

Der Schiedsrichter darf sich nun aber, nachdem die gleich strengen Erfordernisse nicht gestellt sind, nicht einfach mit der Entscheidung des streitigen Anspruchs begnügen, sondern er muß dieser Entscheidung auch Darlegungen beifügen, welche zu ihrer Rechtfertigung dienen sollen.“ Es muß der Beurteilung des einzelnen Falles überlassen bleiben, ob den zur Rechtfertigung der Entscheidung gegebenen Ausführungen wegen ihrer Dürftigkeit oder ihrer Widersinnigkeit die Eigenschaft einer Begründung abzusprechen ist“ (RG. 47, 429). Die Begründung braucht also nicht dem Gesetzesrecht zu entsprechen, da es den Schiedsrichtern freisteht nach billigem Ermessen zu entscheiden, sie braucht auch nicht voll erschöpfend zu sein. Die Gründe müssen nur geeignet sein, die Erwägungen, aus denen heraus das Gericht zu seinem Spruch gelangte, erkennen zu lassen. Daß die Gründe eine logisch korrekte, erschöpfende und überzeugende Rechtfertigung des Schiedsspruches bilden, ist nicht erforderlich. Nur wenn die sog. Begründung so dürftig, lückenhaft und widerspruchsvoll ist, daß sie nicht mehr als Rechtfertigung angesprochen werden kann, ist die Aufhebung wegen mangelnder Begrün-

dung gerechtfertigt. Daß die Gründe von den Schiedsrichtern selbst verfaßt sind, ist nicht nötig (vgl. JW. 17, 46, 18). Sie dürfen auch von einer dritten zur Verhandlung und Beratung — ohne Stimmrecht natürlich — zugezogenen Person abgefaßt sein. So wird vielfach an Produktenbörsen z. B. die Begründung des Schiedsspruches dem Syndikus der Börse, einem Rechtsanwalt, überlassen; diese Begründung wird dann von den Schiedsrichtern unterschrieben. Bei solch vorbeugendem Verfahren ist eine Aufhebungsklage aus diesem Grunde Nr. 5 fast immer unmöglich.

Was die Form betrifft, so ist es zulässig, daß bei einem zweiten Schiedsspruch auf die Gründe des vorher ergangenen Spruches Bezug genommen wird, auch wenn dieser nicht ordnungsgemäß niedergelegt war; wenn einmal der Spruch verkündet ist, sei es auch nur formlos, so ist eine Bezugnahme statthaft, obwohl der erste Schiedsspruch noch nicht formell und rechtskräftig ist (vgl. RG. 68/182).

Den Grund für die geringere Strenge findet das OLG. Hamburg in Folgendem: Aus der Gegenüberstellung von § 1041/5 mit § 551/7: In § 551 heißt es, wenn die Entscheidung nicht mit Gründen versehen ist. Und auf den Gebrauch des Wortes „Entscheidung“ im Gegensatz zu dem Wort „Urteil“ wird sowohl in den Motiven S. 324 als auch in dem Urteil des Reichsgerichts Bd. 3, 388 besonderer Nachdruck gelegt. Der § 1041 Ziff. 5 lautet einfach: wenn „der Schiedsspruch“ (diesem Ausdruck entspricht „Urteil“ bei gerichtlichen Entscheidungen) nicht mit Gründen versehen ist. Eine eingehende Darlegung seiner Beurteilung in Betreff aller einzelnen Angriffe und Verteidigungsmittel der Parteien kann daher von den seitens eines Schiedsgerichts zu ergehenden Gründen nicht beansprucht werden (vgl. SA. 40, 383).

VI. Der sechste Grund des § 1041.

Der sechste Grund ist gegeben, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen in den Fällen der Nr. 1—6 des § 580 die Restitutionsklage stattfindet.

580 läßt die Wiederaufnahme zu:

1. Wenn der Gegner durch Leistung eines Parteieides, auf welchen das Urteil gegründet ist, sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat. Es kommen die Tatbestände der §§ 153 und 163 StGB. in Betracht.
2. Wenn eine Urkunde, auf welche das Urteil begründet ist, fälschlich angefertigt oder verfälscht war. Anwendung finden — §§ 267/69, 271 StGB.
3. Wenn durch Beeidigung eines Zeugnisses oder Gutachtens, auf welche das Urteil gegründet ist, der Zeuge oder der Sachverständige sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat. In Betracht zu ziehen sind die Tatbestände der §§ 153 und 163 StGB., weiterhin §§ 189 und 191 GVG. für den Dolmetscher. Der Eid muß hier, wie bei Punkt 1 in dem Prozesse geleistet sein, in welchem das angefochtene Urteil erlassen wurde; dieses Urteil muß auf der Eidesleistung beruhen.
4. Wenn das Urteil von dem Vertreter der Partei oder von dem Gegner oder dessen Vertreter durch eine in Beziehung auf den Rechtsstreit verübte Handlung erwirkt ist, welche mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist (Gegensatz Disziplinarstrafe) §§ 156, 160, 239, 240, 263, 266, 356 StGB. Die strafbare Handlung muß auf den Rechtsstreit gerichtet sein und das Urteil durch sie erwirkt sein; die Herbeiführung der Rechtskraft z. B. durch einen im Wege der

Erpressung herbeigeführten „Rechtsmittel“-Verzicht, bildet einen solchen Restitutionsgrund.

5. Wenn ein Richter bei dem Urteil mitgewirkt hat, welcher sich in Beziehung auf den Rechtsstreit einer Verletzung seiner Amtspflichten gegen die Partei schuldig gemacht hat, sofern diese Verletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist. Das Vergehen muß sich gegen den Restitutionskläger richten; der dadurch begünstigten Partei steht die Klage nicht zu. Anzuwenden sind: §§ 334, 336, 339, 348 StGB.
6. Wenn ein strafgerichtliches Urteil, auf welches das Urteil gegründet ist, durch ein anderes rechtskräftiges Urteil aufgehoben wird.

§ 580 hat noch einen 7. Grund, „wegen neu aufgefundener Urteile oder anderer Urkunden“. Dieser ist hier nicht mit aufgenommen, weil im Prozeß darüber eine Nachprüfung des Schiedsspruches auch nach der materiellen Seite durch das staatliche Gericht erforderlich wäre.

VII. § 1041 Abs. II. Verzicht auf die Gründe 4 und 5.

Abs. II des § 1041 läßt einen Verzicht auf die Gründe, die unter Nr. 4 und 5 genannt sind, zu. Es kann also etwa vereinbart werden, daß die Parteien nur teilweise zu hören seien, nur durch einen Schiedsrichter u. a. Eine Vereinbarung, die einige Kommentare erwähnen: „Die Parteien sind überhaupt nicht zu hören“ ist schlechterdings unmöglich. Denn unter rechtlichem Gehör ist ja mündliches oder schriftliches Vorbringen zu verstehen und irgend woher müssen ja die Schiedsrichter Anhaltspunkte für eine Entscheidung nehmen. Diese Abmachung ist vielleicht so auszulegen, daß lediglich schriftliches Gehör oder das bisherige Vorbringen genüge. Praktisch hat diese ganze Vor-

schrift wohl gar keine Daseinsberechtigung, denn ich möchte die Partei sehen, die, wenn es sich tatsächlich um einen Streit handelt, von vornherein oder auch nachträglich auf jegliches rechtliche Gehör verzichtet. Bei Nr. 5 kann bestimmt werden, daß der Schiedsspruch einer Begründung nicht bedarf. In § 5 des Reglements für die Entscheidungen durch den Vorstand d. Ver. d. Getreidehändler d. Hgb. Börse heißt es: Einer Angabe von Entscheidungsgründen bedarf es nicht. Wenn also die Vereinbarung der Parteien lautete, daß Entscheidungen durch den Vorstand als Schiedsgericht zu treffen seien, so findet § 5 Anwendung, da eine Begründung nicht erteilt wird: Es wäre in solchen Fällen auch zwecklos, sich auf frühere Entscheidungen des Vorstands zu berufen. Der Vorstand entscheidet von Fall zu Fall neu.

Eine oft verwendete Klausel ist folgende: Auf Anrufung der ordentlichen Gerichte wird verzichtet. Das Reichsgericht legt sie folgendermaßen aus (35, 422): Dadurch wird auf alle Aufhebungsgründe verzichtet, deren Ausschluß vereinbart werden kann, sowohl Nr. 4 wie Nr. 5 (ähnl. Rspr. 23, 256, 29, 290). Dieser Ansicht wurde mit Recht widersprochen. Man hat darin lediglich die besonders entschiedene Erklärung des Ausschlusses des Rechtsweges zu sehen. Ein Verzicht im Sinne des § 1041 Abs. II erfordert eine Erklärung, die deutlich erkennen läßt, daß gerade auf das rechtliche Gehör oder eine Begründung verzichtet worden sei (Mittelstein in Hans. RZ. 8/13). Aus der eben angeführten Reichsgerichtsentscheidung kann man auch entnehmen, daß ein Verzicht auf die übrigen Aufhebungsgründe hinfällig ist, doch wird deswegen nicht der ganze Schiedsvertrag hinfällig (vgl. Petersen-Anger 5. Aufl. S. 791). Ein Verzicht auf den Grund Nr. 5 liegt nach JW. 17, 775 auch darin, daß sich die Partei einem ausländischen Schiedsverfahren unterwarf, in welchem nach dem maßgebenden ausländischen Recht der Schiedsspruch keiner Begründung bedarf.

D. I. Aufhebung wegen Widersinnigkeit.

Soviel wäre über die Gründe des § 1041 zu sagen. In Bd. 38, 412 seiner Entscheidungen hat das Reichsgericht den Grundsatz der Ausschließlichkeit durchbrochen und einen weiteren Aufhebungsgrund hinzugefügt.

Es sagt: Den in § 867/I ZPO. (jetzt § 1041) unter Ziff. 1 bis 6 aufgezählten Fällen, in denen nach 868/II (§ 1042) das Vollstreckungsurteil (jetzt der Beschluß) nicht erlassen werden darf, ist als aus der Natur der Sache sich ergebend, noch der weitere hinzuzufügen, daß der Inhalt des von den Schiedsrichtern als ihr Spruch bezeichneten Schriftstückes durch seine Widersinnigkeit es der Eigenschaft eines Schiedsspruches beraubt. Diese Entscheidung wird von den meisten Kommentatoren dahin ausgelegt, daß das Gericht ebenfalls den Spruch aufzuheben habe. Dagegen vertritt Staff eine andere, richtigere, Ansicht. Wenn das Reichsgericht sagt, es sei kein Schiedsspruch da, dann kann auch keiner aufgehoben werden, wie die Kommentare behaupten, es kann lediglich festgestellt werden, daß das niedergelegte Schriftstück kein Schiedsspruch ist. Dies ist sehr wichtig. Denn wenn man der hier abgelehnten Ansicht ist, daß ein Schiedsspruch, auch wenn er aufgehoben wird, das Verfahren verbraucht habe, so muß man auch hier, wenn man von einer A u f h e b u n g wegen Widersinnigkeit spricht, die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nach erfolgter Aufhebung behaupten. Folgert man jedoch richtig, daß überhaupt kein Schiedsspruch da sei, der aufgehoben werden könne, so kann das Schiedsgericht auch nach dieser Ansicht sich erneut mit der Sache befassen und einen zweiten, vernünftigen Spruch erlassen. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Meinung, daß nach einem aufgehobenen Schiedsspruch das S c h i e d s g e r i c h t zuständig bleibt, spielt der Gegensatz der Ansichten überhaupt keine praktische Rolle.

II. Aufhebung wegen § 1042 Abs. II.

Noch auf einen letzten Grund möchte ich hier — allerdings nur ganz kurz, da er später eingehend behandelt wird — mich einlassen. Einstweilen sei bemerkt, daß das Sichhinwegsetzen über Vorschriften, auf die die Parteien rechtswirksam nicht verzichten können unter Punkt I der Unzulässigkeit des Verfahrens fällt. Es liegt eine Überschreitung der schiedsrichterlichen Befugnisse vor, da der Schiedsvertrag nicht mehr den Schiedsrichter zu völlig freiem Ermessen ermächtigen kann. Schiedsverträge, die zwingendes Recht im Sinne des § 1042/II ausschalten wollen, sind nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches nichtig. Und von sich aus über unverzichtbare Vorschriften hinwegzusetzen, ist dem Schiedsrichter versagt. Nach Rosenberg besteht zwischen den Gründen des § 1041 und denen des § 1042/II der Unterschied, daß über jene im Beschlußverfahren nicht entschieden werden darf (§ 1042/III), während über die Nichtbeachtung zwingenden Rechts gemäß § 1042/II entschieden werden kann, nicht muß, da auch Verweisung zur Klage, wie nach § 1042/III möglich sein muß. Anderer Meinung ist das Kammergericht (vgl. DJZ. 26/209). Weiterhin möchte ich zum Abschlusse noch ein Urteil des OLG. Stettin (JW. 27, 1711) anführen; der wesentliche Inhalt ist folgender: Die Aufhebungsklage ist begründet, weil sich der Schiedsspruch über gesetzliche Vorschriften hinweggesetzt hat, auf deren Innehaltung der Kläger nicht rechtswirksam verzichten konnte. Hierbei handelt es sich um materiell rechtliche Einwendungen, welche ausnahmsweise der Nachprüfung durch das öffentliche Gericht unterliegen und bereits zur Ablehnung des Antrags auf Vollstreckbarkeitserklärung hätte führen müssen, wenn sie in dem Verfahren vorgebracht worden wären. In der Wissenschaft wird es allgemein und mit Recht für zulässig erachtet, auch auf solche Einwendungen die Aufhebungsklage zu stützen, obwohl sie nicht im § 1041 aufgezählt sind, denn es leuchtet ohne weiteres ein,

daß eine Partei, die im Schiedsverfahren unterlegen ist, ein rechtliches Interesse daran hat, daß ein Schiedsspruch, dem nach § 1042/II die Vollstreckbarkeit zu versagen ist, auch durch Urteil eines ordentlichen Gerichtes förmlich und ausdrücklich aufgehoben wird. Stein führt noch folgenden wichtigen Gesichtspunkt ins Feld: Könnte man dem unter Hinwegsetzung über zwingendes Recht ergangenen Schiedsspruch nur durch Versagung der Vollstreckbarkeit seine Rechtswirksamkeit nehmen, so ergeben sich Lücken, wenn der Schiedsspruch auf Klageabweisung lautet, oder eine Feststellung enthält. Der Verurteilte hätte keine Möglichkeit einen Spruch derartigen Inhalts zu beseitigen, vielmehr hätte er so lange zu warten, bis der Gegner den Vollstreckbarkeitsbeschluß fordert. Läßt nun der Gegner den Schiedsspruch nicht für vollstreckbar erklären, sondern rechnet er mit dem ihm zuerkannten Anspruch auf, so kann der im Schiedsspruch Unterlegene nichts dagegen machen. Dies wird dem Gesetzgeber fern gelegen sein.

E. Fristen und Zuständigkeit.

Die Klage muß binnen der Notfrist von einem Monat erhoben werden (§ 1044/I). Die Frist beginnt mit Kenntnis des Aufhebungsgrundes, jedoch nicht vor der Rechtskraft des Vollstreckbarkeitsbeschlusses. Sie ist zehn Jahre nach der Rechtskraft unzulässig. Hat der Gegner die Vollstreckbarkeitserklärung nicht beantragt, oder ist der Antrag rechtskräftig zurückgewiesen, so läuft für die Aufhebungsklage keine Frist und die Partei ist jederzeit in der Lage, die Aufhebungsgründe klageweise oder als Replik gegen die Rechtskraft nach § 1040 geltend zu machen.

Die Aufhebungsklage ist bei dem nach §§ 1045/46 zuständigen Amts- oder Landgericht zu erheben. § 1046 verweist auf § 1045. Es ist grundsätzlich das Amtsgericht oder Landgericht, welches in einem schriftlichen Schiedsvertrag (§ 126 BGB.)

durch Prorogation als zuständig bezeichnet wird (RG. 68, 184). In Ermangelung einer derartigen Bezeichnung ist das Amts- oder Landgericht zuständig, welches für die gerichtliche Geltendmachung des zunächst im Schiedsverfahren erhobenen Anspruchs zuständig sein würde. Näheres darüber im nächsten Teil.

2. Hauptteil: Die Vollstreckbarkeitserklärung.

A. Geschichte des § 1042.

Während die Endurteile der ordentlichen Gerichte praktisch verwertet werden können, wenn sie rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar — auf Grund einer von dem Urkundsbeamten zu erteilenden Vollstreckungsklausel — erklärt sind, so bedarf es für Schiedssprüche einer Entscheidung des Staatsgerichts, um sie vollstreckbar zu machen. Es braucht in den meisten Fällen nicht dazu zu kommen, weil die unterliegende Partei auch in der Regel so sich mit dem Schiedsspruch abfindet, d. h. die Leistung ohne weiteres bewirkt, zu der sie verurteilt ist. Es gilt in den Kreisen der Kaufmannschaft als unfair, wenn eine Partei sich dem Schiedsspruch des durch die gemeinsame Interessenvertretung gebildeten Schiedsgerichtes nicht ohne weiteres fügt, sondern es auf eine Vollstreckbarkeitserklärung ankommen läßt. Aber die Firmen, die letzteres doch tun, sind gerade die unzuverlässigen und böswilligen Elemente, bei welchen besonders die Gefahr vorliegt, daß sie das Vollstreckungsverfahren dazu benützen, um alle möglichen Einwände zu machen und letzten Endes ihre Zahlungspflicht möglichst lange hinausschieben. Leider bietet ihnen dazu die ZPO. reichlich Gelegenheit. Es wurde mit Rücksicht hierauf schon seit langer Zeit von den Vertretern des Handels und der Industrie eine Vereinfachung des Schieds-

verfahrens nach der Richtung hin gefordert an die Stelle des bisherigen Urteil-Verfahrens das Beschlußverfahren zu setzen.

Bis zum Jahre 1924 erfolgte diese Entscheidung über die Vollstreckbarkeit durch ein sogen. Vollstreckungsurteil. Dieses war nicht zu erlassen, wenn ein Grund vorlag, aus welchen die Aufhebung des Schiedsspruches nach 1041 beantragt werden konnte, es bestand ein enger Zusammenhang zwischen 1041 und 1042. Die neue ZPO. vom 1. VI. 24 brachte verschiedene wichtige Änderungen, die aus dem Gedanken einer Beschleunigung des ordentlichen Verfahrens eingefügt worden sind. Gerade der Gesichtspunkt, das Verfahren möglichst zu beschleunigen und dem Gläubiger schnell zu seinem Gelde zu verhelfen, ist es, der angesichts der heutigen bedrängten Wirtschaftslage und der zunehmenden Zahlungsschwierigkeiten im Vordergrund des Interesses steht. Für das Schiedsverfahren brachte die Neuregelung an Stelle des Urteilsverfahren das Beschlußverfahren. Es kann also nunmehr ein Schiedsspruch ohne weitere mündliche Verhandlung im Wege dieses Verfahrens für vollstreckbar erklärt werden. Daß keine grundlegende (so nötige) Änderung erfolgte, darüber gibt Volkmar Aufschluß: „In dem Entwurf der Reichsregierung waren keine weitgehenden Maßnahmen, wie sie besonders Nußbaum vorschlug, vorgesehen. Man ging davon aus, daß man eine weitgehende Erleichterung des schiedsrichterlichen Verfahrens nicht einführen könnte, ohne zugleich auch Abhilfe gegen gewisse schwere Schäden zu schaffen, die sich im Schiedsverfahren gezeigt haben. Es kommt nicht selten vor, daß die Aufnahme einer Schiedsklausel in einem Lieferungs- oder ähnlichem Vertrage von dem wirtschaftlich Stärkeren einem von ihm abhängigen Kaufmann oder Gewerbetreibenden aufgenötigt wird. Vielfach ist das dann dabei vorgesehene Schiedsgericht so zusammengesetzt, daß es einseitig auf die Interessen der wirtschaftlich Stärkeren eingestellt ist und das Übel wird in einzelnen Fällen noch dadurch vermehrt, daß auf irgend welche Verbandssatzungen Bezug genommen wird, die es verbieten, daß

sich die Parteien durch Rechtsanwälte vor dem Schiedsgericht vertreten lassen (hiergegen s. o.). Endlich ist von verschiedenen Seiten Klage darüber geführt worden, daß sich gewisse Schiedsgerichte über zwingende Rechtssätze, wie z. B. über das Verbot des Kettenhandels, der Differenzgeschäfte usw., hinwegsetzen und dadurch nicht nur den einzelnen ungerecht benachteiligen, sondern darüber hinaus die Wirkung lebenswichtiger Gesetze erheblich beeinträchtigen. Eine Beseitigung dieser Mißstände würde eine grundsätzliche Neugestaltung des Schiedswesens nötig machen. So weitgehende Änderungen schienen nicht in den Rahmen eines Notgesetzes zu passen und sollten deshalb nach der ursprünglichen Absicht der Reichsregierung der allgemeinen Prozeßreform vorbehalten bleiben. Im Rechtsausschuß des Reichstages wurde, besonders von demokratischer Seite, auf die Reform des schiedsrichterlichen Verfahrens ganz besonderer Wert gelegt und die Mehrheit schloß sich der Auffassung an, daß schon die Ersetzung des Vollstreckungsurteils durch den Vollstreckungsbeschluß ganz im Zuge der eingeleiteten Reform liege, „da sie eine wesentliche Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens, sowie eine Entlastung der Gerichte bedeute." Dabei wurde auch der Versuch gemacht, zugleich mit der Vereinfachung ein Abwehrmittel gegen die Mißstände insofern einzuführen, als Schiedssprüche, die sich über unverzichtbare Vorschriften hinwegsetzen, nicht für vollstreckbar zu erklären sind. Man blieb auf halbem Wege stehen, man begann mit der Reform, wagte sogar etwas Neues, führte aber die Sache in Eile so zu Ende, daß alle Anzeichen und Schwächen, wie sie immer den jetzt so beliebten Kompromissen anhaften, klar zutage treten, ich möchte sagen, bei der ersten Anwendung der neuen Fassung. Ob also diese Neuregelung wirklich dem gewünschten Ziele näher kommt, wird am Ende der Arbeit zusammenfassend betrachtet werden. Sicher ist dies, ein wesentliches Moment der Verzögerung liegt tatsächlich in der Vollstreckung, denn mag man schon ein Urteil erlangt haben, so dauert es immer noch viel zu lange, bis wirk-

sich der Gerichtsvollzieher zur Pfändung schreiten kann und in heutiger Zeit häufen sich in erschreckendem Maße die Fälle, daß die Vollstreckung fruchtlos verläuft. Um so lästiger wirkt nun der Umstand, daß die Schiedsgerichtsurteile nicht ohne weiteres dem Gerichtsvollzieher übergeben werden können, sondern daß es erst eines eigenen Verfahrens bedarf. Es wäre zweifellos das Einfachste, daß die Schiedssprüche als solche von selbst vollstreckbar wären. Dafür trat schon v. Lindheim ein. Er unterscheidet, — was auch die endgültige Lösung sein dürfte, wenn sich der Gesetzgeber je zu einem solchen Schritt entschlösse, — zwischen dem Gelegenheitsschiedsgericht und dem ständigen Schiedsgericht. Auf S. 67 führt er etwa aus: Es bedeute eine lästige Formalität, wenn noch ein besonderes Verfahren zur Bewilligung der Vollstreckung erforderlich sei. Bei den organisierten ständigen Schiedsgerichten würde in formaler Beziehung alles genau beobachtet, so daß die Nachprüfung durch das Gericht nichts Ungesetzliches feststellen könnte. In materieller Beziehung ist es ohnehin nicht berechtigt, eine Nachprüfung vorzunehmen. Es sei vielmehr an den Schiedsspruch gebunden. Deshalb genüge es, wenn die formale Prüfung nach der Kompetenz des Schiedsgerichts nur bei den gewöhnlichen (freien) Schiedsgerichten den staatlichen Behörden vorbehalten bliebe. Bei den ständigen Schiedsgerichten aber die Vollstreckbarkeit diesen selbst zugestanden würde[17]).

[17]) In der Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht 11, 447 ist ein Urteil des Reichsgerichts vom 30. 4. 1901 mitgeteilt, das hier sehr interessant ist: „Die berufenen „arbitres“ (Chambre arbitrale pour grains von Antwerpen) waren als Schiedsmänner oder wie es französisch heißt, „arbitres amiables compositeurs“, ermächtigt, frei von den Schranken des Rechts ex aequo et bono die Streitigkeit der Partei zu regeln und folgeweise als Bevollmächtigte der Partei die für die Waren erforderlichen Anordnungen unmittelbar zu treffen und durchzuführen. Von dieser Grundlage aus hat der Berufungsrichter unter Berücksichtigung der beträchtlichen Lagerungskosten u. d. Gefahr des

§ 1042 lautet nunmehr:

Aus dem Schiedsspruch findet die Zwangsvollstreckung nur statt, wenn er durch Beschluß für vollstreckbar erklärt ist.

Der Beschluß ist nicht zu erlassen, wenn sich der Spruch über eine gesetzliche Vorschrift hinweggesetzt hat, auf deren Innehaltung die Parteien rechtswirksam nicht hätten verzichten können.

Wird binnen einer vom Gericht zu bestimmenden Frist nachgewiesen, daß die Klage auf Aufhebung des Spruches erhoben ist, so ist die Beschlußfassung bis zur Erledigung des Rechtsstreites auszusetzen.

B. Das heutige Beschlußverfahren.

Im Vergleich mit dem früheren Verfahren wird sich das neue folgendermaßen abspielen: Früher mußte im ordentlichen Prozeßwege Klage erhoben werden unter Wahrung der Einlassungsfrist. Dann kam die Klagebeantwortung des Gegners und erst nach dieser wurde Termin zu eingehender mündlicher Verhandlung angesetzt. Selbst wenn sich in dieser die Sache erledigt, vergingen mehrere Wochen, bis das Urteil da war und bei Vollstreckung großer Objekte war meistens noch eine Sicherheitsleistung nötig. Jetzt wird der Gläubiger seinen Antrag einreichen. Eine Abschrift wird dann dem Kläger zur Erklärung zugestellt. Die Frist hierzu wird im allgemeinen kaum eine Woche übersteigen. Liegt diese Entgegnung vor, hat das Gericht allerdings noch zu prüfen, ob der Spruch sich über eine Vorschrift hinweggesetzt hat, auf deren Innehaltung die Partei nicht rechtswirksam verzichten kann, doch wird im allgemeinen die Prüfung dieser Frage nicht sehr schwer sein. Jedenfalls hat

Verderbens der am Schluß des Spruches enthaltenen Anordnung des öffentlichen Verkaufs die Auslegung gegeben, daß auf Grund jener in der Schiedsklausel enthaltenen Ermächtigung als eine nach Sachlage im beiderseitigen Interesse liegenden Maßregel angeordnet wurde und erfolgte, und daß dies der Beklagte gegen sich gelten lassen muß.

der Gläubiger den Vorzug, daß das Gericht bereits bei Ablauf der Frist einen Beschluß erlassen kann, wonach der Schiedsspruch vollstreckbar ist und dieser Beschluß ist nur mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar (§ 1045/III). Diese muß also binnen zwei Wochen eingelegt sein, andernfalls der Beschluß rechtskräftig wird. So, im denkbar einfachsten Falle, wird man also schneller zum Ziele kommen.

Die Gerichte dürfen eben bei Auslegung des § 1042 nicht formal verfahren. Sie müssen die ratio legis voranstellen. Wird dem Antrag auf Vollstreckung entsprochen, so lautet der Beschluß nach der von Baumbach vorgeschlagenen Formel: der Schiedsspruch ist vollstreckbar. Der Beschluß kann nach § 1045 Abs. III ohne vorgängige mündliche Verhandlung ergehen. Das Gericht muß aber trotzdem den Gegner hören. Danach steht es in seinem freien Ermessen, ob es eine mündliche Verhandlung anberaumen will. Ordnet das Gericht eine solche an, so kann sich auch eine Beweiserhebung anschließen. Wie schon gesagt, findet gegen den Beschluß sofortige Beschwerde statt. Ist er von einem Amtsgericht erlassen, so ist gegen die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts im Rahmen des § 568/II weitere Beschwerde ans Oberlandesgericht zulässig, war jedoch das Landgericht zur Erlassung des Beschlusses in erster Instanz zuständig, so ist gegen die Beschwerdeentscheidung des Oberlandesgerichts keine weitere an das Reichsgericht zulässig. Letzteres wird also in diesem Beschlußverfahren nie angerufen werden können; es wird sich der ungünstige, das Ansehen der Gerichte sicher nicht vermehrende Zustand ergeben, daß die vielen Oberlandesgerichte in den zahlreichen Streitfragen voneinander abweichende Entscheidungen treffen, ohne daß es zu einer einheitlichen Rechtsprechung kommen wird. Nach dieser Vorbemerkung mögen nun im folgenden die sich ergebenden Schwierigkeiten erläutert werden.

C. § 1042 Abs. II.

Zunächst sei Abs. II des § 1042 besprochen. Dr. Volkmar, der im wesentlichen an der Neufassung gearbeitet hat, kommentiert diese Vorschrift dahin (JW. 24, 354): es soll durch sie den Mißständen vorgebeugt werden, die sich gelegentlich in dem Verfahren der Schiedsgerichte gezeigt haben. Diese sind hauptsächlich darin zu erblicken, daß mitunter Schiedsgerichte sich über zwingende Rechtsvorschriften von weittragender volkswirtschaftlicher und sittlicher Bedeutung, wie z. B. das Verbot der Differenzgeschäfte, Preistreiberei u. a. hinweggesetzt haben. Mit anderen Worten: der Grundsatz, daß die ordentlichen Gerichte nicht befugt sind die materiell-rechtlichen Grundlagen den Schiedsgerichtsentscheidungen nachzuprüfen, ist schwer und in höchst bedenklicher Weise durchbrochen worden. Eine Fülle von Zweifelsfragen taucht hierbei auf.

I. Was sind unverzichtbare Vorschriften.

Welches sind die Vorschriften, „auf deren Innehaltung die Parteien rechtswirksam nicht verzichten können?"

1. Bindung des Schiedsrichters ans materielle Recht.

Durch diese Vorschrift des § 1042 hat der Gesetzgeber der Ansicht über die Bindung des Schiedsrichters an das Gesetz Recht gegeben, die schon früher eine Bindung an zwingendes Recht lehrte. Über die Entwicklung und Beurteilung dieser interessanten Frage möchte ich in Kürze einiges berichten. Im Ausland ist dieses weniger beachtlich. Auf Grund einer auf die Glosse zurückgehenden gemein-europäischen Entwicklung (Kohler, Ges. Beitr. S. 267) unterscheiden viele Gesetzgebungen zwischen dem „arbitre" und dem „amiable compositeur", der sich nicht an das Gesetz zu halten braucht. Der Schiedsrichter also muß dem Gesetz gemäß entscheiden, soweit er nicht ausdrücklich befreit ist, das war auch bei uns lange Zeit die herrschende Ansicht, die jedoch durch eine gegenteilige, die Bindung

an das Gesetz für den Schiedsrichter grundsätzlich verneinende, beiseite gedrängt wurde. Auch war der Eingriff der Motive der ZPO. sehr groß[18]).

Mit der Kriegszeit flackert jedoch die frühere Ansicht wieder auf und zwar unter Führung von Oertmann, dem andererseits Breit entgegentritt. In den Arbeiten beider Gelehrten ist eine Fülle von Argumenten für und gegen eine Bindung schärfstens herausgearbeitet.

2. Neuere Ansichten.

In Verbindung mit der Neufassung des § 1042 möchte ich folgende Ansichten bringen.

Wessig: (Hanseat. RZ. 24, 414) behauptet eine Bindung nur an prozessuale Vorschriften. Er will nicht zulassen, daß das ordentliche Gericht nachprüft, ob im Schiedsverfahren materielles Recht mißachtet ist. Er führt für seine Ansicht zwei Momente an. Zunächst behauptet er — irrigerweise —, daß vor Erlaß des Beschlusses eine mündliche Verhandlung nötig sei,

---

[18]) Vgl. bei Hahn S. 476: Durch Unterwerfung unter ein Schiedsgericht bekunden die Parteien, daß sie eine freiere Behandlung ihres Rechtsstreites in formeller Hinsicht wollen... Die Parteien, indem sie auf die Entscheidung eines Schiedsgerichts kompromittieren, wollen den Schwierigkeiten entgehen, welche sich aus der Anwendung des positiven Rechts ergeben. Sie wollen, daß unter ihnen rechtens sei, was die Schiedsrichter nach ihrer gewissenhaften Überzeugung — ex aequo et bono — bestimmen werden. Sie werden daher regelmäßig die Schiedsrichter als die gütlichen Vermittler ihres Streites — comme amiables compositeurs — wie sich der belgische Entwurf ausdrückt — betrachten und sie müssen diese Anschauung haben, wenn sie mit dem Schiedsrichteramt Personen betrauen, welche der Rechte nicht kundig sind. Der Zweck des Schiedsvertrages wird also regelmäßig nur erreicht, wenn die Schiedsrichter nicht verpflichtet werden, sich bei ihrem Spruch nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zu richten (Nordd. Prot. V S. 3234). (Vgl. Fußnote S. 71.)

da sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist. Wenn man aber, so meint Wessig, die mündliche Verhandlung mit all ihren Hindernissen zuläßt und außerdem dem Richter noch das Recht einräumt, den Schiedsspruch auf Beachtung zwingender Normen materiell rechtlicher Natur nachzuprüfen, so sei die Verordnung überflüssig. Dies könne aber nicht sein, also folgert Wessig, müsse man eine Prüfung nur nach der verfahrenstechnischen Seite hin, nicht auch nach der materiell rechtlichen darunter verstehen. Das zweite Moment soll seine Ansicht damit begründen, daß er auf die systematische Stellung der Vorschriften in der ZPO. hinweist. Letztere enthält ja keine materiell rechtlichen, sondern grundsätzlich nur prozessuale Bestimmungen. Dem muß man jedoch entgegenhalten, daß kein Grundsatz besteht, wonach in den Gesetzen nur von solchen Bestimmungen die Rede sein darf, in denen die Anordnung Platz gefunden hat. Er weist dann noch auf § 295/II ZPO. hin. Hier sind allerdings unter Vorschriften nur prozessuale zu verstehen. Dies folgt aber aus Absatz I, wo ausdrücklich von verfahrenstechnischen Vorschriften die Rede ist, nicht aber aus der Stellung in der ZPO.

Diese Ansicht ist nicht haltbar. Dann hätte das Gesetz ja einfach lauten können, der Antrag ist abzulehnen, wenn ein Grund vorliegt, aus dem die Aufhebung des Spruches nach § 1041 gehandhabt werden kann. Es wäre alles beim alten geblieben. Wessig wird besonders von Volkmar in der Hanseat. RZ. 557/58 unwidersprochen widerlegt.

Husserl (JW. 25, 715) sagt: Das Gesetz läßt eine materielle Nachprüfung nicht nur zu, sondern macht sie dem Richter sogar zur Pflicht. Nur dort aber, wo es sich um den gegen den Staat gerichteten Anspruch auf Vollstreckbarkeitserklärung handelt. Nach wie vor hält es der Staat nicht für seine Sache die materille Richtigkeit des Schiedsspruches in Betreff der privatrechtlichen Beziehungen der Parteien zueinander einer Nachprüfung zu unterwerfen. § 1040 bleibt unberührt, denn Rechtskraft und Vollstreckbarkeit sind ganz verschiedene Dinge. Eine klare Stel-

lungnahme hat Husserl nicht, er wird wohl ein Weggenosse Wessigs sein.

Eine weitere Ansicht ist hauptsächlich von Lucas-Richter und Volkmar vertreten. Sie sind der Ansicht, daß zwar die Verletzung jeder zwingenden Rechtsvorschrift die Vollstreckung hindert, sehen aber ein, daß dies zu weitgehend ist. Vielmehr sei der Schiedsrichter nur zur Beachtung derjenigen Vorschriften gezwungen, die dem Schutz des Staates und der Gesamtheit dienen. Würde man mehr Vorschriften zulassen, so wäre der Verschleppung des Verfahrens Tür und Tor geöffnet, denn es gibt deren so viele, daß die unterlegene Partei immer eine herbeiziehen, vielleicht sogar deren Verletzung beweisen könnte[19]).

Oertmann lehrt, daß die Schiedsrichter nur an Sätze des zwingenden materiellen Rechts gebunden seien. Hinsichtlich des Verfahrens jedoch vollkommen frei seien. In gleichem Sinne erklärt sich Stein-Junker (123 Abs. IV). Dafür, daß nur Vorschriften des materiellen Rechts gemeint sind, läßt sich noch anführen, daß auch Volkmar in der oben erwähnten Stelle nur materiell rechtliche Vorschriften erwähnt und ebenso, wie in seinem Kommentar, nicht an Verfahrensvorschriften denkt.

Freudenthal-Sauerländer sagt: Der Zweck der Vollstrekkungsversagung ist ein anderer, wie der der Aufhebungsklage. Diese dient dem Schutz der Partei, jene dem Schutz des Gemeinwohls und zwar nicht, wie bei Formvorschriften nur in

[19]) Volkmar: Es muß sich um eine Vorschrift handeln, die wie die allgemeinen Vorschriften über Verstöße gegen die guten Sitten und die besonderen Vorschriften über Wucher, Differenzgeschäft, Preistreiberei und Kettenhandel ein Rechtsgeschäft so absolut nichtig machen, daß es auch durch die Genehmigung der Beteiligten nicht wirksam werden kann (was auch dann zutrifft, wenn im Einzelfalle das aus einem solchen Geschäft Geleistete nicht zurückgefordert werden kann, § 817 BGB., da damit das Geschäft selbst nicht gültig wird) . . . Nicht dahin gehören dagegen Form-Vorschriften, da Rechtsgeschäfte, die dagegen verstoßen, durch spätere Erfüllung von Anfang an gültig werden können.

Gestalt des Parteiwohles (Schutz gegen Unvorsichtigkeit und Übereilung), sondern im Sinne des Wohles der Gemeinschaft im Ganzen oder eines Standes. Solche „spezifische Gemeinwohlsbestimmungen“ betreffen Angelegenheiten, welche notwendig jeder Beeinflussung durch den Parteiwillen entzogen sein müssen; sie sind daher im Sinne des § 1042/II die unverzichtbaren Normen.

Baumbach bemerkt grundsätzlich zur Frage der Bindung an das materielle Recht: im Prinzip ist das Schiedsgericht nicht an das materielle Recht gebunden; Ausnahmen bilden: Bestimmung des Schiedsvertrages, § 1042/II. Die Vertragsbindung des Schiedsgerichts an das materielle Gesetz kann sich aus der Natur der Sache ergeben. Im Zweifel ist sie zu verneinen, und folgt keineswegs daraus, daß die Schiedsrichter Juristen sind. Er bezeichnet das Ganze als „hoffnungslosen Streit“. Für seine Ansicht führt er folgende Erwägung an: Wer ein Schiedsgericht wünscht, will in vielen Fällen gerade den Weiterungen entgehen, die an die strenge Befolgung des materiellen Rechts geknüpft sind. Er wünscht „schiedliche Regelung“.

Stein-Jonas, Aufl. 1929, meint: Die Lösung der Frage der Stellung des Schiedsgerichts zur Lösung des materiellen Rechts ist in erster Linie aus dem Schiedsvertrag zu ersehen. Ist aber darin keine Bestimmung enthalten, so wird man nicht unmittelbar aus gesetzlichen Bestimmungen, sondern nur durch Auslegung die Entscheidung treffen können. Enthält der Schiedsvertrag keine Anhaltspunkte für die Auslegung, so wird angenommen werden müssen, daß der Schiedsrichter das sein soll, was er nach aller Erfahrung des Lebens in der Anschauung des Volkes nun einmal ist, ein Mann, der schiedlich, nicht nach dem Buchstaben des Gesetzes entscheiden soll. Im Zweifel ist daher dem Schiedsrichter Freiheit übertragen. Die Parteimacht hat aber ihre Schranken. Schiedsverträge, die zwingendes Recht ausschalten sollen, sind nach §§ 137/38 BGB. nichtig und von

sich aus über zwingendes Recht sich hinwegzusetzen, ist dem Schiedsrichter durch § 1042/II versagt.

Unverzichtbare Vorschriften = zwingende Vorschriften setzt Oertmann (Grundriß 240).

Schmidt-Ernsthausen in ZZP. 51, 352 ff. versteht unter unverzichtbaren Normen prozessuale und materielle, die sich mit dem zwingenden Recht decken, doch ist dieser Kreis entschieden zu weit gezogen. So sagt insbesondere auch Leo in JW. 27, 2251: Der Kreis der Vorschriften, auf die die Parteien rechtswirksam nicht verzichten können, deckt sich nicht mit dem Kreis der Vorschriften zwingenden Rechts. Er ist vielmehr erheblich kleiner. Und auch eine Entscheidung des Kammergerichts in JW. 27, 2251 sagt: Die unverzichtbaren Vorschriften decken sich nicht mit den Vorschriften des zwingenden Rechts, sondern sind nur Vorschriften, die im allgemeinen Interesse erlassen sind.

Zum Schluß möchte ich noch einmal Baumbach, der seine Ansicht folgendermaßen vertritt, anführen: Es kann nicht jede zwingende Norm gemeint sein (Rosenberg), weil auch auf zwingende Normen stillschweigend verzichtet werden kann. Es können nicht Vorschriften gemeint sein, deren Verletzung ein Rechtsgeschäft unheilbar nichtig macht (Volkmar), es können nicht alle Vorschriften gemeint sein, deren Berücksichtigung von der Geltendmachung im Prozeß unabhängig ist (Kann). Damit erreicht man eine vollkommene sachliche Nachprüfung. Abs. 2 will vermeiden, daß die Schiedssprüche vollstreckt werden, die den sittlichen und wirtschaftlichen Grundgedanken der deutschen Gesetzgebung zuwiderlaufen.

Aus der denkbar ungünstigen Fassung kann man schließlich herauslesen, was man will. Ein Laie kann auf die eingangs gestellte Frage überhaupt keine Antwort geben. Unter Berücksichtigung besonders des Umstandes, daß eine weite Auslegung dieser Vorschrift dem böswilligen Schuldner zu viel Gelegenheit gibt, seine Zahlungspflicht zu verzögern und womöglich den

anständigen ihm vertrauenden Gläubiger um sein Geld zu bringen, weiterhin unter Berücksichtigung, daß es sich in der Hauptsache um Erscheinungen der Nachkriegszeit und der alles zerstörenden Inflation handelte, würde ich etwa als unverzichtbare Vorschriften bezeichnen:

Vorschriften des materiellen Rechts, die dazu bestimmt und geeignet sind, das sittliche Gefühl und das Rechtsempfinden besonders der im Kampfe des Wirtschaftslebens stehenden Personen zu schützen und zwar zu schützen gegen die Versuche unlauterer und unehrlicher Elemente, die festen Grundlagen unserer ganzen Wirtschaft, nämlich das gegenseitige Vertrauen und den reellen Wettbewerb zu zerstören und die Grundlagen deutscher Gesetzgebung zu erschüttern.

II. Was versteht man unter „Hinwegsetzen"?

Nun genügt ein Verstoß gegen eine unverzichtbare Vorschrift noch nicht, um den Antrag auf Vollstreckbarkeitserklärung ablehnen zu können, vielmehr muß der Spruch sich über solche Vorschriften „hinweggesetzt haben". Dieser Begriff hinwegsetzen hat eine mehrfache Auslegung gefunden. Ist er lediglich objektiv aufzufassen oder muß ein subjektives Moment auf Seiten der Schiedsrichter hinzukommen? Ich möchte auch hier an den Anfang der Betrachtung die Ausführungen Dr. Volkmars setzen: „Das Schiedsgericht muß sich über diese Vorschrift hinweggesetzt haben. Diese Voraussetzung ist nicht schon durch eine falsche Auslegung oder durch unrichtige Beurteilung des Sachverhalts, sondern erst dann erfüllt, wenn die Gründe des Schiedsurteils ergeben, daß das Schiedsgericht die Vorschrift als solche nicht anwenden wollte, z. B. wenn es bemerkt, es widerspräche dem kaufmännischen Anstand, sich auf einen Differenzeinwand zu berufen." Auch daraus, daß auf einen Einwand, den eine Partei im Schiedsverfahren unter Berufung auf eine zwingende Vorschrift erhoben hat, in den Gründen nicht eingegangen wird, kann im Einzelfalle auf ein Hinweg-

setzen geschlossen werden. Nicht jede Verletzung einer zwingenden Norm, z. B. durch unrichtige Anwendung auf den festgestellten Tatbestand steht schon der Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches entgegen, vielmehr sollen durch diese Vorschrift nur die Fälle betroffen werden, in denen der Inhalt des Schiedsspruchs oder die Umstände, unter denen er erlassen wurde, erkennbar machen, daß das betreffende Schiedsgericht die zwingende Rechtsnorm überhaupt nicht als verbindlich anerkannte oder gänzlich unbeachtet ließ.

Auf diese Ansicht komme ich später zurück. Zunächst sei nur diejenige Richtung besprochen, die einen objektiven Sinn annimmt. Damit wird diese Bestimmung des § 1042/II dem § 595/VI der österreichischen ZPO. gleichgestellt, der lautet: „Wenn der Spruch gegen zwingende Rechtsvorschriften verstößt." Das österreichische Recht betrachtet die Nichtbeachtung nur von der objektiven Seite. Ein Verstoß an sich genügt, um die Wirkung auszulösen. Der Grund des Verstoßes ist für sie belanglos. Früher vertrat in erster Linie auch Kann diese Auffassung. Ein Sichhinwegsetzen liege einmal vor, wenn das Schiedsgericht ausdrücklich erwähnt, daß es die betreffende Rechtsnorm nicht anwende, etwa weil sie nicht rechtswirksam erlassen sei, weil sie aus einem sonstigen Grunde unverbindlich sei oder weil es sittenwidrig wäre, wenn sich der Beklagte in dem Fall auf eine betreffende Rechtsnorm berufe. In diesen Beispielen hat Kann aber nur dann recht, wenn das Schiedsgericht diese Einwände mit belanglosen Redewendungen übergangen hätte. Wies es aber den Einwand begründet zurück, so ist von einem Hinwegsetzen keine Rede mehr. Speziell für den Einwand des Differenzgeschäftes, der immer wieder gebracht wird, sagt u. a. auch Jacoby in LZ. 19, 125 zum oben erwähnten Beispiel Volkmars: „Man kann hier nicht von einem Hinwegsetzen reden, wenn mit ausreichenden Gründen das Schiedsgericht den Differenzeinwand zurückweist; ferner ist das Differenzgeschäft ja nicht absolut nichtig, es verstößt an sich nicht

gegen die guten Sitten, es begründet eine Naturalobligation." Kann führt dann als zweiten Grund an, wenn das Schiedsgericht den betreffenden Grund überhaupt nicht erwähnt hat und diese Nichterwähnung den Schluß zuläßt, daß das Schiedsgericht sich des Vorhandenseins dieser Rechtsform, zu der es bei sachgemäßer Entscheidung unbedingt hätte Stellung nehmen müssen, überhaupt gar nicht bewußt gewesen ist.

Eine ähnliche Ansicht vertritt Wessig (Hans. RZ. 24, 415). Er fragt zu den Worten Volkmars „nicht als verbindlich anerkannt oder gänzlich unbeachtet gelassen" (s. o.), ob nur solche Außerachtlassung vom Richter berücksichtigt werden soll, die trotz besserer Erkenntnis von den Schiedsrichtern gewissermaßen aus Böswilligkeit (!) erfolgt sind, und er antwortet hierauf, daß eventl. bei jedem Beschluß die Schiedsrichter als Zeugen vernommen werden müßten, welche Rechtsauffassung sie bei Erlaß des Schiedsspruches gehabt haben. Dies ist eine etwas arge Übertreibung. Man kann sich zwar eigentlich kein Schiedsgerichtsurteil vorstellen, aus dem zweifelsfrei ersichtlich ist, ob das Schiedsgericht sich hier über eine unverzichtbare Rechtsnorm hinweggesetzt hat, oder ob es lediglich eine solche Norm auf den festgestellten Tatbestand nicht angewendet hat. Ein zweifelsfreier Fall liegt nur dann vor, wenn das Urteil z. B. die Fassung enthält „das Schiedsgericht erkennt die Vorschrift über den Kettenhandel usw. für sich nicht als verbindlich an". Dieses Beispiel bilden, heißt aber zugleich seine praktische Möglichkeit verneinen, so daß m. E. bei gewissenhafter Anwendung des § 1042/II die ordentlichen Gerichte fast garnicht in der Lage sind, eine solche Nachprüfung zu veranstalten. Wenn wirklich bei einem festgestellten Tatbestand, über den das Schiedsgericht eine Entscheidung getroffen hat, die Frage auftauchen könnte, ob hier nicht ein Fall des Kettenhandels vorliegt, so kann doch sehr wohl die Möglichkeit bestehen, daß das Schiedsgericht im Urteil nichts über diese Frage erwähnt und eben deshalb keine Stellung genommen hat, weil nach seiner Ansicht der vor=

liegende Tatbestand zu einem Zweifel in dieser Richtung keinen Anlaß bot. Dann aber handelt es sich nur um eine unrichtige Gesetzesanwendung und es liegt kein „Hinwegsetzen“ vor.

Wessig und Stein-Junker führt hauptsächlich Kleemann in seiner Dissertation ins Feld. Er steht auf der objektiven Seite. Über diese eben besprochenen Gründe hinaus klammert er sich, obwohl er sicher wußte, in welcher Eile dieser ganze Absatz II in letzter Stunde im Rechtsausschuß des Reichstags eingefügt wurde, an den Wortlaut und sagt: „Darin, daß es heißt der „Spruch“ und nicht das „Schiedsgericht“ liege ein klarer Beweis für die Richtigkeit seiner Ansicht, daß nämlich der objektive Verstoß genüge.“ Ich möchte ihm entgegenhalten, warum man dann nicht mit der österreichischen ZPO. übereinstimmend sagte „verstößt“, sondern den Ausdruck „hinweggesetzt“ wählte. Wenn daher überhaupt etwas gedacht wurde bei beiden Ausdrücken, so ergibt sich ein Widerspruch und jeder liest für sich das beste heraus. Die objektive Theorie kann ein Urteil des OLG. Stettin für sich buchen (JW. 27, 1711), „ein Hinwegsetzen liegt auch vor, wenn eine Gesetzesvorschrift übersehen ist“. Doch vertritt kurioserweise dasselbe OLG. Stettin in ZZP. 49, 275 die andere Ansicht ebenfalls.

Die bedeutend praktischere und deshalb sicher richtigere Ansicht verlangt zum objektiven Verstoß ein subjektives Moment, absichtliche Nichtanwendung oder Mißachtung. Ob auch grobfahrlässige genügt, ob ferner dolus eventualis genügt, darüber teilen sich die Meinungen. Am schärfsten ging James Goldschmidt vor. Er verlangte eine vorsätzliche oder grobfahrlässige Rechtsbeugung im Sinne des § 336 StGB. Dies geht zu weit. Das Schiedsgericht ist im allgemeinen berechtigt von dem geschriebenen Recht abzuweichen, wenn es die Billigkeit der Entscheidung verlangt. Wenn es nun in solcher Absicht von einer unverzichtbaren Vorschrift bewußt abweicht, so beugt es damit noch lange nicht das Recht derart, daß § 336 StGB. Anwendung finden könnte.

Und umso weniger ist der Tatbestand des § 336 StGB. erfüllt, wenn das Schiedsgericht sich der Norm überhaupt nicht bewußt war. Auch im andern Falle wird wohl selten eine Unrichtigkeit zu Gunsten oder zum Nachteil einer Partei nachweislich sein. Setzt sich aber ein Schiedsgericht bewußt über eine von ihm als zwingend anerkannte Vorschrift hinweg, so wird es das nur tun, weil es nötig ist, um zu einer gerechten und billigen Entscheidung zu kommen. Es fehlt also immer am Schuldmoment[20]).

Weiterhin führt v. Staff (S. 259) dagegen an, daß auch grobe Fahrlässigkeit kein Sichhinwegsetzen bedeutet. Wenn ein Schiedsgericht sich bei einiger Überlegung hätte sagen müssen, daß das BGB. über eine für die Entscheidung des Streites bedeutsame Rechtsfrage Bestimmungen sicher enthalte, wenn es aber diese Überlegung nicht angestellt hat, so hat es wohl seine Pflichten gröblich verletzt, aber man kann nicht sagen, daß es sich über eine Bestimmung, die es ja gar nicht ahnte, hinweggesetzt hat. Hat es jedoch die Überlegung angestellt, so fährt im wesentlichen v. Staff fort, aber aus der Befürchtung heraus, das Gesetz werde der von ihm beabsichtigten Entscheidung einen Riegel vorschieben, die einschlägigen Vorschriften nicht nachgesehen, dann kann man von Hinwegsetzen sprechen. Es genügt nach der Ansicht Staff's dolus eventualis, während grobe Fahrlässigkeit nicht genügt. Stein-Jonas (1929) verlangt ebenfalls zum objektiven Verstoß das subjektive Moment des „Nichtanwendenwollens", Fahrlässigkeit genügt nicht.

Dr. Leo (in JW. 27, 1711) sagt zur Entscheidung des oben erwähnten OLG. Stettin, daß der Begriff des Hinwegsetzens

[20]) Neuerdings hat auch Goldschmidt seine Meinung geändert, er sagt, im Zivilprozeßrecht 1929 aus § 1041 I/2 und § 1042/II ergibt sich, daß die Schiedsrichter nicht zu einer rechtlich oder sittlich verbotenen Handlung verurteilen und sich nicht vorsätzlich über eine zwingende gesetzliche Vorschrift, d. h. eine solche, an deren Befolgung ein öffentlicheres Interesse besteht, hinwegsetzen dürfen.

nicht das Bewußtsein der Unverzichtbarkeit der nicht angewendeten Norm erfordert, trifft zu. Wohl aber müssen die Schiedsrichter das Bewußtsein gehabt haben, daß der Spruch gegen eine Gesetzesvorschrift verstößt, oder sie müssen es doch absichtlich (z. B. aus gegensätzlicher Einstellung gegen die Bestimmung über Differenzgeschäfte) unterlassen haben, sich über die Anwendbarkeit der Vorschriften zu unterrichten. Die Nichtanwendung der Normen muß also auf Vorsatz oder Eventualvorsatz beruhen. Nur bei einer vorsätzlichen Rechtsverletzung kann man von einem Sichhinwegsetzen sprechen, nicht aber bei Unkenntnis der Rechtsnorm. Es ergibt sich jedenfalls für den zahlungspflichtigen Schuldner eine höchst willkommene Quelle für zeitraubende Erörterungen.

Kann ist ebenfalls dieser Ansicht: es bedeutet, daß das Schiedsgericht die betreffende Vorschrift zwar gekannt hat, aber absichtlich nicht anwandte. Darin, daß das Schiedsgericht eine Vorschrift unrichtig anwandte, ist niemals der Tatbestand der Hinwegsetzung zu finden.

Nußbaum sagt: Hinwegsetzen ist eine „zu mißbilligende Art der subjektiven Einstellung des Schiedsrichters".

Freudenthal-Sauerländer: Es muß ein Handeln wider besseres Wissen vorliegen. Dagegen liegt ein Hinwegsetzen auch in dem „absichtlichen Sichnichtvertrautmachen" mit den einschlägigen Normen.

Baumbach versteht darunter bewußte und gewollte Nichtbeachtung.

Auch das Kammergericht Berlin (JW. 27, 2151) vertritt den Standpunkt, daß ein bewußtes Hinwegsetzen nötig sei, um den Antrag auf Vollstreckbarkeit ablehnen zu können.

In der DRZ. führt Landgerichtsdirektor Ostendorff aus, man wird eine bewußte Nichtanwendung voraussetzen. Eine solche wird sich aber schwer und selten nachweisen lassen, da die Schiedssprüche, insbesondere die der verschiedenen Organisationen des Handels und der Industrie, in der Regel nur eine

ganz kurze Begründung haben, anders als durch Nachprüfung der Gründe wird sich aber kaum feststellen lassen, ob die Voraussetzungen des § 1042/II vorliegen. Eine erheblich praktische Bedeutung hat diese Vorschrift infolgedessen nicht.

Zum Schluß möchte ich aus der Praxis des in diesen Fragen wohl maßgebenden OLG. Hamburg eine Entscheidung anführen (26. Sept. 1924). Es handelt sich dort um den Einwand des Kettenhandels und des Wuchers gegenüber dem Antrag auf Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches. Das OLG. hat letztere ausgesprochen und hierbei im wesentlichen ausgeführt: „die durch den Krieg und die Nachkriegszeit geschaffenen Verhältnisse haben den Gesetzgeber zu einschneidenden wirtschaftlichen Maßnahmen gezwungen, welche der Handel nicht immer billigen konnte. Die Kaufmannschaft glaubte vielfach, die ergangenen Gesetze ignorieren zu müssen. Vor die wirklichen oder vermeintlichen Interessen des Staatswohls setzte man die Interessen der Wirtschaft und der Berufsmoral. Daß demzufolge auch die Schiedsrichter sich diese, in ihrer beruflichen Standesvertretung offiziell zum Ausdruck kommende, Einstellung gegen mißliebige Gesetze in weitem Umfange zu eigen machten und in ihren Sprüchen — auch gegen das Gesetz — dem Geltung zu verschaffen suchten, was sie als durch kaufmännische Sitte für geboten ansehen, ist durchaus verständlich. So sind öfter Schiedssprüche zustande gekommen, welche in ihrem Endergebnis auf das Gegenteil von dem, was der Gesetzgeber wollte, hinausliefen. Beispielsweise hat die Verordnung über den Zwang zur Annahme von Papiermark für die meisten Schiedsgerichte so gut wie gar nicht existiert. Selbstverständlich war für den Gesetzgeber die Sabotage seiner Anordnungen untragbar. Aus dieser Erwägung heraus verweigerte er Schiedssprüchen, welche sich über seinen Willen hinwegsetzten und zwingende Gesetze nicht beachteten, die staatliche Anerkennung. Damit sollte jedoch nicht gesagt werden, daß schon die unrichtige Anwendung des Gesetzes notwendigerweise zur Unwirksamkeit des Schieds-

spruches führen mußte. Der Begriff des Hinwegsetzens ist vielmehr enger zu fassen und es ist darunter zu verstehen: **der Mißbrauch schiedsrichterlicher Kognitionsbefugnis durch die Nichtanwendung offenbar anwendbarer zwingender Vorschriften.** Jede weitere Auslegung des Begriffes Hinwegsetzen, jede Auffassung, die in dem doch immerhin summarischen Beschlußverfahren eine Nachprüfung des Beschlusses über die Frage hinaus ermöglicht, ob angesichts der ihnen unterbreiteten Sachlage die Schiedsrichter eine offenbar anwendbare unverzichtbare Gesetzesvorschrift mißbräuchlich nicht angewendet haben, würde eine Sabotierung des gesamten Schiedsverfahrens nach sich ziehen und für den Verurteilten starke Reize bieten, eine Nachprüfung des Spruches auf seinen materiellen Inhalt und damit auf alle Fälle wenigstens eine erhebliche Verzögerung des Beschlußverfahrens zu erstreben, das seinem Wesen nach gerade eine beschleunigte Vollstreckbarkeitserklärung ermöglichen soll." Die Begründung zeugt von tiefer Kenntnis und großem Verständnis der Bedürfnisse des Handels in bezug auf das Schiedsverfahren. Schuldner, welche auf dem Umweg über § 1042/II eine Verschleppung des Verfahrens anstreben, werden ihren Zweck nicht erreichen, wenn sich alle Gerichte dem OLG. Hamburg anschließen.

Jede dieser vielen Ansichten kann für sich eine vielleicht brauchbare Begründung aus der ungeschickten Fassung dieser Bestimmung herauslesen. Man muß eben in erster Linie den Zweck des Gesetzes in den Vordergrund stellen und dann auch die Ergebnisse bei der praktischen Anwendung der Ansichten prüfen. Man kann diesen § 1042/II nur dann als erträglich bezeichnen, wenn man ihn engstens auf eine bewußte vorsätzliche Nichtbeachtung einer dem Schiedsgericht bekannten und von ihm als anwendbar erachteten Gesetzesvorschrift im Sinne der obigen Ausführungen beschränkt. Damit ist aber zugleich dem § 1042/II eine sehr geringe Anwendungsmöglichkeit gegeben,

doch gegenüber einer unklaren verfehlten Gesetzgebung erscheint eine solch einschränkende Auslegung das richtigste. Selbst ohne sie bringt der Paragraph dem Gericht nur unnötige Arbeit und für den Erlaß der Vollstreckbarkeitserklärung nur unerfreuliche Verzögerung. Als gerechtfertigt könnte man die Bestimmung nur dann erachten, wenn die von Volkmar erwähnten Mißstände in erheblichem Umfang aufgetreten wären, wenn sich diese Schiedsgerichte oft und dauernd über unverzichtbare Grundsätze von weittragender volkswirtschaftlicher und sittlicher Bedeutung hinweggesetzt hätten. Wenn tatsächlich einige Fälle vorkamen, so waren das damals Erscheinungen der anormalen Inflationszeit, die sich damals bei den Schiedsgerichten an einzelnen Handelsemporien vorübergehend gezeigt haben und denen auf andere Weise ohne Ankurbeln der Gesetzgebungsmaschine zweifelsfreier und wirksamer begegnet werden konnte.

D. § 1042 Abs. III.

I. Aussetzung des Verfahrens.

1. Ergebnis der Bestimmung.

Die Novelle hat die Bestimmung getroffen, daß der Rechtsstreit im Falle des fristgerechten Nachweises der Aufhebungsklage ausgesetzt werden muß. Es braucht also nur der im Schiedsverfahren Verurteilte aus irgend einem Grunde die Aufhebungsklage zu verlangen, so wird der Gegner schon recht lange warten können, bis er einmal vollstrecken kann. Sieben Gründe hat ja der Schuldner und was man hier alles theoretisch konstruieren könnte, davon will ich lieber schweigen. Nur ein Beispiel möchte ich anführen, das Gumbinner in der DJZ. bringt (25 S. 1186). Eine Firma hatte im Jahre 1924 einen Schieds-

spruch zu ihren Gunsten erzielt. Dem Antrag auf Vollstreckbarkeitserklärung begegnet aber der Beklagte mit der Aufhebungsklage auf Grund des § 1041/VI, da der Inhaber der Klägerin einen Meineid geleistet habe. Die Klage wurde, da keine Verurteilung der Schwörenden erfolgt war, im ersten Termin abgewiesen und das Urteil Anfang Dezember rechtskräftig. Nach Erteilung des Rechtskraftszeugnisses beantragt die Klägerin wiederum die Vollstreckbarkeitserklärung, der Beklagte erhob jedoch von neuem Aufhebungsklage, weil das Schiedsgericht sich über eine gesetzliche Vorschrift hinweggesetzt habe, auf die die Parteien rechtswirksam nicht verzichten können. Der Prozeß schwebte noch im August 1925, wo Gumbinner berichtete; bis jetzt wird er wohl entschieden sein. Wenn der Gesetzgeber die Behauptung der Beschleunigung des Schiedsverfahrens ad absurdum hätte führen wollen, besser wäre es kaum möglich gewesen. Zu allem Überfluß macht die Bestimmung es dem Richter zur Pflicht, die Vollstreckbarkeitserklärung auszusetzen, wenn die Aufhebungsklage erhoben ist oder wird, während die Aussetzung richtiger in das freie Ermessen des Schiedsrichters gestellt worden wäre. Mittelstein ist ebenfalls der Ansicht, daß zu mindestens statt dem Muß ein Kann gesetzt werden sollte. Jetzt ist die Gesetzeslage die, daß der Schuldner durch eine Anfechtungsklage ohne weiteres die Vollstreckbarkeit des Spruches sperren kann, und diesen Zustand so lange aufrecht erhalten kann, als nicht seine Aufhebungsklage abgewiesen ist. Mittelstein nennt es eine Mißachtung der Rechtskraft des Spruches und einen Spott auf die Ziele der neuen ZPO. Nußbaum nimmt an, daß ein schweres Versehen des Gesetzgebers vorliegt, da keine Vorlage ähnliches enthalten habe. Wenn nun im Aufhebungsprozeß die Klage abgewiesen ist, so ist die Entscheidung nicht mehr in der Weise präjudiziell für das Verfahren nach § 1042, daß nunmehr auch dem Antrag stattgegeben werden müßte. Vielmehr hat das Gericht jetzt ganz unabhängig von dem Aufhebungsprozeß zu prü-

fen, ob nicht Gründe nach § 1042/II gegeben sind. Es ergibt sich nun die Möglichkeit, daß die Klage aus § 1041 abgewiesen wird und dennoch der Anspruch des Gläubigers auf Vollstreckbarkeit verneint wird.

2. Leistungsklage oder Vollstreckbarkeitserklärung.

Aus dieser Lage erwähnt Mittelstein folgenden Ausweg, der jedoch nur in besonders krassen Fällen gewählt werden dürfte. Die Vorfrage ist, ob der Berechtigte auf das Vollstreckungsverfahren beschränkt ist oder nicht. Durch einen ordnungsmäßigen Schiedsspruch ist der streitige Anspruch rechtskräftig erledigt. Auf Grund der materiellen Entscheidung kann nun eine Leistungsklage bei dem ordentlichen Gericht erhoben werden. Daß dieses nicht für einen der ZPO. entsprechenden Schiedsspruch gelten sollte, ist nirgends bestimmt. Der aus dem Schiedsspruch Berechtigte ist nicht verpflichtet, diesen Weg zu gehen, besonders wenn er tatsächlich, wie in manchen Fällen zum Gegenteil führt, zur Erschwerung der Rechtsverwirklichung. Der aus dem Schiedsspruch Berechtigte ist nicht verpflichtet, gerade aus diesem Schiedsspruch die Zwangsvollstreckung zu betreiben, sondern er kann auch auf Grund der rechtskräftigen schiedsgerichtlichen Entscheidung sich klagend einen Vollstreckungstitel verschaffen. Man wird selbstverständlich diesen Weg nicht so leicht einschlagen, schon der Mehrkosten wegen und der Gegner wird sich auch die entstandenen Mehrkosten nicht gefallen lassen brauchen. Aber dieser Weg wird bedeutungsvoll, wenn die beantragte Vollstreckung aus dem Schiedsspruch infolge der Erhebung der Aufhebungsklage bei größeren Objekten auf unabsehbare Zeit verschoben wird. Warum soll dann nicht der Gläubiger widerklagend Verurteilung des Anfechtungsklägers begehren können, auf Grund der sachlichen Entscheidung des Schiedsgerichts. Das ist kein Widerspruch, weil er schon aus § 1042 einen Titel begehrt hatte.

Der Gegner kann sich nur dagegen wehren, daß der Gläubiger zwei Titel bekommt. Wird die Aufhebungsklage dann abgewiesen, könnte das gemäß § 1042/III ausgesetzte Verfahren wieder aufgenommen werden, doch hat daran der Gläubiger kein Interesse mehr, weil er schon im Wege der Widerklage seinen Zweck erreicht hat. Dies nennt Mittelstein zwar selbst einen juristischen Schleichweg, aber wenn das Gesetz, das die Erfüllung des Schiedsspruches erleichtern wollte, sie statt dessen erschwerte, so muß der Richter eben Mittel suchen, um den Zweck des Gesetzes zu verwirklichen[21]), [22]).

Das Reichsgericht lehnt, wie in JW. 27, 2464 diesen Weg ab. Auf Grund eines formal gültigen nach § 1040 rechtskräftigen Schiedsspruches findet eine Erfüllungsklage im allgemeinen nicht statt und zwar auch dann nicht, wenn die Beschlußfassung über die Vollstreckbarkeitserklärung bis zur Entscheidung über die Aufhebungsklage ausgesetzt ist. Die Erfüllungsklage ist nur gegeben bei ausländischen Schiedssprüchen und bei solchen inländischen, deren Vollstreckbarkeit nicht zu beseitigende Hindernisse im Wege stehen. Ihre Zulassung bei einem formell gültigen, deshalb nach § 1040 der Rechtskraft teilhaftigen Schiedsspruch würde die Erwirkung einer zweiten rechtskräftigen Entscheidung über den gleichen streitigen Anspruch ermög-

---

[21]) Übrigens konnte nach bisherigem Verfahren mit der Klage auf Vollstreckbarkeitserklärung sofort der Eventualantrag verbunden werden, den Beklagten auf Grund des materiellen Rechtsverhältnisses zu der geschuldeten Leistung zu verurteilen. Vgl. auch Hans. RZ. 25, 142.

[22]) Wird die Vollstreckbarkeitserklärung des Schiedsspruches rechtskräftig abgelehnt, so ist damit nur ausgesprochen, daß der Staat seine Machtmittel für eine Vollstreckung nicht zur Verfügung stellt. Dadurch wird nichts daran geändert, daß der Schiedsspruch, solange er noch nicht aufgehoben ist, unter den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils hat, er kann daher auch als Grundlage für eine Leistungsklage verwendet werden.

lichen und den Schuldner, da das Bestehen eines solchen Erfüllungsurteiles als Hindernis für die Vollstreckbarkeitserklärung nicht im Gesetz vorgesehen ist, der Gefahr eines zweiten vollstreckbaren Titels wegen desselben Schuldpostens aussetzen. Gegenüber solchen Abweichungen von den Grundsätzen des Prozeßrechtes und den Mißständen, die sich daraus ergeben würden, müssen die Unzuträglichkeiten des § 1042/III über die Aussetzung der Vollstreckbarkeitserklärung als minder bedeutsam zurücktreten. Besteht diese Gefahr aber wirklich? Zwar ist es im Gesetz nicht ausdrücklich geschrieben, aber ohne Zweifel muß man dem Schiedsschuldner die Befugnis zuerkennen, dem Antrag auf Erteilung der Vollstreckbarkeitserklärung mit dem Nachweis entgegenzutreten, daß der Gläubiger die Erfüllungsklage erhoben hat. Es kommt ja auch sonst vor, daß der Gläubiger zwischen Klage und Antrag beim Vollstreckungsgericht wählen kann (vgl. Gaupp-Stein 10. Aufl. zu § 766 Anm. IV BN. 74). Stein-Jonas macht die Zulässigkeit der Erfüllungsklage von dem Bestehen eines Rechtsschutzbedürfnisses abhängig. Dieses Rechtsschutzbedürfnis ist dann gegeben, wenn der Schiedsgläubiger Einwendungen des Schuldners aus § 1041 befürchtet und der Fristsetzung aus § 1042/III entgegenwirken will. Für diesen Vorteil gibt er die erleichterte Form der Erlangung des Vollstreckungstitels auf. Dem Schuldner aber geschieht kein Unrecht, er hat zu seiner Verteidigung die §§ 1041 und 1042 ZPO. Nach all dem möchte ich ebenfalls eine Erfüllungsklage zulassen, um aus den Schwierigkeiten, die § 1042 Abs. III der Vollstreckung in den Weg legt, einen Ausweg bei besonders wichtigen Fällen zu finden. Die Klage ist ferner auch durchaus dem Wesen und vor allem dem Zweck des Schiedsverfahrens nicht widersprechend.

3. Fristsetzung.

Im Näheren setzt die Fristsetzung voraus, daß die Partei einen Grund aus § 1041 behauptet und daß sie zu erkennen gibt, daß sie auch deswegen die Aufhebungsklage erheben will. Von

Amts wegen darf die Partei nicht dazu veranlaßt werden. Der Antrag auf Vollstreckbarkeitserklärung darf ferner nicht schon zur Abweisung reif sein (z. B. wegen § 1042/II). Auch darf die Fristsetzung nicht offenbar zwecklos sein. Andernfalls ist die Frist zu setzen ohne nähere Prüfung, ob die Aufhebungsklage erfolgreich sein wird[23]).

Doch darf nach herrschender Ansicht die Frist nicht gesetzt werden, wenn nach dem bereits feststehenden oder dem Parteivorbringen zu entnehmenden Tatbestand die Aufhebungsklage unzulässig oder unbegründet ist (z. B. Verweigerung rechtlichen Gehörs, obwohl ausdrücklich darauf verzichtet ist). Vgl. JW. 26, 2463). Dies wird wohl richtig sein, namentlich praktischer Gründe halber, obwohl mir der Einwand, den Walsmann bringt, durchaus beachtlich erscheint. Er sagt gegen die Entscheidung in JW. 26, 2463: „§ 1042 darf nicht über den engsten Rahmen hinaus ausgedehnt werden. Der Schiedsspruch darf nicht inhaltlich nachgeprüft werden, dafür ist die Aufhebungsklage da. Wenn nun schon für den Beschluß grundsätzlich eine inhaltliche Nachprüfung des Spruches nicht vorgenommen werden soll, so kann diese Prüfung erst recht nicht für die Fristsetzung § 1042/III in Frage kommen.“ Doch handelt es sich weniger um eine „Prüfung“ als um offenkundige Tatsachen.

Die Frist selbst ist durch Beschluß zu setzen, der Gegenpartei steht die sofortige Beschwerde nach § 1045/III zu, sowohl um geltend zu machen, daß die Frist überhaupt nicht hätte gesetzt werden dürfen, wie auch um die Abkürzung einer zu langen Frist zu erwirken.

[23]) Vgl. JW. 25, 837 Kisch: Wenn die Absicht der Partei, die Aufhebungsklage gegen den Schiedsspruch zu erheben, erst in der Beschwerdeinstanz zu Tage tritt, so hat das Beschwerdegericht der Partei durch das Untergericht eine Frist zur Erhebung jener Aufhebungsklage setzen zu lassen und zwar ohne Rücksicht auf den voraussichtlichen Erfolg.

4. Was ist „Erledigung"?

Weist nun der Beklagte die Erhebung der Aufhebungsklage nach, so ist das Beschlußverfahren so lange auszusetzen, bis der Rechtsstreit „erledigt" ist. Was ist unter Erledigung des Rechtsstreites zu verstehen? Sowohl eine rechtskräftige Entscheidung als auch eine vorläufig vollstreckbare? Kann meint zu dieser Frage: Erledigt ist der Rechtsstreit nicht schon durch eine vorläufige vollstreckbare, sondern erst durch eine rechtskräftige Entscheidung im Aufhebungsprozeß. Er gesteht aber zu, daß die Bestimmung des § 1042/III eine große Gefahr der Verzögerung mit sich bringt. Eben darum rechtfertigt sich meiner Ansicht nach der Standpunkt, den das OLG. Hamburg in dem Beschluß vom 12. IV. 27 (Z. VI. 132/26) vertritt und dem im wesentlichen folgendes zu entnehmen ist: Das Landgericht hat den Antrag auf Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches abgelehnt, weil das zweit-instanzielle Urteil, das die Aufhebungsklage vorläufig vollstreckbar abweist, noch nicht rechtskräftig sei, Erledigung im Sinne des § 1042 Abs. III ZPO. eine rechtskräftige bedeute. Wäre diese Auffassung, die auch von Volkmar vertreten wird, zutreffend, so stände das Ergebnis ohne Zweifel einer verständigen Abwicklung des schiedsgerichtlichen Verfahrens, wie sie der Verkehr erfordert, völlig entgegen (vgl. Leo Hans. RZ. 24, 519, Mittelstein daselbst 25, 141). Es erscheint auch fraglich, ob die gegenteilige Auffassung gerade in dem Hinweis auf die Verbindung, die das Wort „Erledigung" im Rahmen des von der Aussetzung des Verfahrens handelnden § 148 ZPO. eine wirksame Stütze findet, wie Jacoby in LZ. 25, 126 ff. meint. Es handelt sich nach ihm in beiden Fällen um die Erreichung des für den Fortgang des Verfahrens erforderlichen Abschluß eines Präjudicialverfahrens. Will man jedoch im § 148 den Erlaß sich widersprechender Entscheidungen vermeiden — und das ist doch die ratio des § 148 — so muß man allerdings abwarten, bis das Verfahren erledigt ist, d. h. bis eine rechtskräftige Entscheidung vorliegt. Immerhin liegt nicht unbe-

dingt in dem Wort „erledigen“, daß es sich um völliges Beenden handeln muß; insofern mag auf § 148 verwiesen werden und kann mit größerem Recht — wie von Stein-Jonas — geschehen, die ebenfalls § 1042/III in dem hier vertretenen Sinne verstehen — auf § 147 Bezug genommen werden. Mit Recht wird die Wendung „vor Erledigung des Ablehnungsgesuches“ im Sinne einer noch nicht rechtskräftigen Entscheidung verstanden. Außerdem ist auch § 48 hierher zu ziehen. Wenn dort von dem für die Erledigung eines Ablehnungsgesuches zuständigen Gericht gesprochen wird, so ist die Erledigung offensichtlich nicht im Sinne einer rechtskräftigen Erledigung gemeint. Nimmt man noch den indifferenten Sinn dazu, den der Ausdruck in § 454 ZPO. (Erledigung der anderen Beweismittel) hat, so erscheint die Möglichkeit gegeben, unter Erledigung in § 1042/III einen noch nicht bis zur Rechtskraft gediehenen Abschluß des Rechtsstreites zu begreifen. Diese somit zulässige Auslegung ist deshalb geboten, weil die gegenteilige den offenbaren Zweck der Novelle gerade an dem hier fraglichen Punkte das gerichtliche Verfahren hinsichtlich der Verabschiedung der Schiedssprüche zu beschleunigen, wie er namentlich in Abs. I des § 1042 zum Ausdruck kommt, vereiteln würde. Würde übrigens das Urteil im Aufhebungsprozeß von der Revisionsinstanz aufgehoben und durch eine gegenteilige Entscheidung ersetzt, so wäre nach Analogie des § 717 die Folge die, daß unter Ausscheiden einer Schadensersatzpflicht der Antragstellerin diese zur Rückzahlung des ihr Geleisteten verpflichtet wäre.

Andererseits ist das Kammergericht (JW. 26, 1032) der eingangs erwähnten Ansicht. In der Kritik dieser Entscheidung sagt Salomon: Der Beschluß des Kammergerichts, der sich Volkmars Auffassung anschließt, führt zu einer Verschleppung und Verlangsamung des Verfahrens gegenüber dem früheren Rechtszustand. Früher erzielte der Gläubiger in 2. Instanz vor dem OLG. ein vorläufig vollstreckbares Urteil, sobald das zweite Tatsachengericht gesprochen hatte, war die Angelegenheit nun-

mehr so weit, daß der Schiedsspruchgläubiger endlich vollstrecken konnte. Verschiedene Oberlandesgerichte schließen sich der Entscheidung des Kammergerichts an, so z. B. OLG. Celle am 1. 10. 27." Der Vollstreckbarkeitsbeschluß kann erst ergehen, nachdem die Aufhebungsklage rechtskräftig abgewiesen ist, ebenso OLG. Zweibrücken in JW. 28, 747. Hier verteidigt Walsmann die „herrschende Lehre" in einer sehr langen Anmerkung. Trotz alledem möchte ich mich dem OLG. Hamburg anschließen. Der Ausdruck „Erledigung" ist mißglückt. Nachdem nun aber einmal eine „Erledigung" für den Erlaß des Vollstreckbarkeitsbeschlusses bezw. der Fortsetzung des Verfahrens die Voraussetzung ist, so braucht man das Wort durchaus nicht zu pressen, wenn man in einem vorläufig vollstreckbaren Urteil eine — eben vorläufige Erledigung sieht. Vorläufige Vollstreckbarkeit bedeutet nach Kisch vorläufigen Eintritt von Urteilswirkung. Nun muß andererseits der Gläubiger in Kauf nehmen, wenn man ihm vor der Rechtskraft des Urteils im Aufhebungsprozesse den Beschluß über die Vollstreckbarkeitserklärung gewährt, daß bei nachträglicher anderweitiger rechtskräftiger Entscheidung über die Aufhebungsklage die vollzogene Vollstreckung rückgängig gemacht wird und daß er (was das OLG. Hamburg und einige Schriftsteller ablehnen) tatsächlich entstandenen Schaden ersetzen muß. Er vollstreckt hier im Grunde genommen auf eigenes Risiko. Auch Freudenthal-Sauerländer schließen sich der hier vertretenen Ansicht an[24]).

II. Der vorläufig vollstreckbare Schiedsspruch.

Nach dieser Auslegung des § 1042 möchte ich noch auf das weitere Verfahren eingehen. Grundlage ist ein gültiger Schiedsspruch. Es erhebt sich die Frage, was von einem „vorläufig vollstreckbaren Schiedsspruch" zu halten ist, der dann regelmäßig

[24]) „Weder der Wortlaut noch der Sinn nötigen dazu, hierunter für den Fall des Urteils eine rechtskräftige Entscheidung zu sehen."

vorkommt, wenn eine Berufungsinstanz im Schiedsverfahren vorgesehen ist. Kann also mit anderen Worten im Vollstreckungsverfahren vor dem ordentlichen Gericht der Einwand erhoben werden, daß ein Berufungsverfahren vor dem Schiedsgericht schwebe.

1. Entscheidung des Reichsgerichts.

Durch die Liebenswürdigkeit des Herrn Dr. Beschütz in Hamburg hatte ich Gelegenheit die Akten des Prozesses, in dem das Reichsgericht über diese Frage entschied, einsehen zu können. Ich möchte im folgenden das Wichtigste bringen. Diese Entscheidung ist auch verschiedene Male auszugsweise veröffentlicht. Das Schiedsgericht d. Ver. d. Getreidehändler der Hamburger Börse hatte den Beklagten B. zur Zahlung der Kaufsumme verurteilt. Die Berufung an das Oberschiedsgericht hatte die Folge, daß der erste Spruch aufgehoben wurde und das Oberschiedsgericht es ablehnte, in der Sache selbst zu entscheiden. „Der Berufsbeklagten A. bleibt es überlassen ihre Klageforderungen gegen die Berufungsklägerin B. vor dem ordentlichen Gericht geltend zu machen.“ Inzwischen hatte auf Grund des 1. Spruches A. durch das Landgericht Hamburg die Vollstreckbarkeitserklärung erhalten, obwohl das Berufungsverfahren noch schwebte, da gemäß § 33[25]) der Schiedsgerichtsordnung des Vereins die

[25]) § 33 lautet: Die Einlegung der Berufung hat keine die Wirksamkeit des Schiedsspruches der ersten Instanz hinausschiebende Kraft.

Die in der ersten Instanz obsiegende Partei ist demnach berechtigt, den Erlaß eines Vollstreckungsurteils (jetzt Beschluß) aus dem Schiedsspruch 1. Instanz vor den ordentlichen Gerichten zu beantragen, auch wenn die Berufung gegen den Schiedsspruch eingelegt wird und über diese noch nicht entschieden ist. Das Oberschiedsgericht hat, auch wenn der Vollstreckungsklage (jetzt Beschluß) aus dem Schiedsspruch 1. Instanz stattgegeben wird, gleichzeitig über die Ansprüche zu erkennen, welche der Gegenpartei aus der etwa inzwischen erfolgten Zwangsvollstreckung für den Fall zustehen, daß das Oberschiedsgericht den Spruch 1. Instanz aufhebt.

Berufung keine die Wirksamkeit des Schiedsspruches 1. Instanz hinausschiebende Kraft hat, so daß die Vollstreckbarkeitserklärung erfolgen mußte. A. hatte auch vollstreckt. Nach Aufhebung dieses Spruches nun durch das Oberschiedsgericht stellte die Verteidigung des B. folgenden Antrag: Nach Aufhebung der Schiedssprüche (es waren ursprünglich zwei Parallelprozesse) hat die Berufungsbeklagte A. selbstverständlich die Verpflichtung die von ihr zwangsweise eingezogenen Beträge zurückzuerstatten. Diese Verpflichtung tritt gegenüber einem für vollstreckbar erklärten Schiedsspruch selbstverständlich in gleicher Weise ein, wie gegenüber einem für vollstreckbar erklärten Urteil des ordentlichen Gerichts, welches später aufgehoben wird. Die Beklagte hat auf die Aufforderung hin die Rückzahlung verweigert. Nach § 33 der Schiedsgerichtsordnung hat das Oberschiedsgericht in einem solchen Fall gleichzeitig mit seiner Entscheidung auf Aufhebung des Schiedsspruches über die Ansprüche zu erkennen, welche dem Betroffenen aus der inzwischen etwa erfolgten Zwangsvollstreckung des erstinstanziellen Urteils zustehen. Der Antrag lautete auf Anberaumung eines neuen Termins. Das Oberschiedsgericht lehnte dieses ab und verwies wiederum auf den ordentlichen Rechtsweg. Die Sache kam dann vor das Landgericht Hamburg Kammer I für Handelssachen. Gegen die Klage des B., die hauptsächlich damit begründet ist, daß das Oberschiedsgericht die Entscheidung über die Rückzahlung ablehnte, erhebt A. Widerklage mit der Begründung, daß eine gültige Aufhebung nicht erfolgt sei und beantragt Aufhebung des Spruches des Oberschiedsgerichtes. Hierzu bemerkt die Verteidigung von B., die Widerklage ist unberechtigt, weil sie die Aufhebung nur des zweitinstanziellen Spruches beantragt. Dies sei nicht angängig. Eine Aufhebung könnte nur hinsichtlich der Urteile beider Instanzen verlangt werden. In einem Schiedsgerichtsverfahren stellen die Sprüche, wenn ein Instanzenzug vorgesehen ist, keineswegs zwei verschiedene dar, vielmehr ist das Berufungsurteil erst der Abschluß eines „einheitlichen Verfah-

rens“, in dem das Urteil der ersten Instanz nur einen „vorläufigen Entscheid“ darstellt, der auf Grund des Schiedsvertrages zu erlassende endgültige Schiedsspruch liegt im Rechtssinne natürlich erst dann vor, wenn der Spruch des Berufungsgerichtes ergangen ist. Es ergibt sich dies daraus, daß ohne besondere Vereinbarung die Vollstreckung aus einem Schiedsurteil erster Instanz, gegen welches eine Berufungsmöglichkeit gegeben ist, nur möglich ist, wenn dies nach der Schiedsgerichtsordnung ausdrücklich gestattet ist (Gaupp-Stein). Das Landgericht Hamburg wies die Klage ab, gibt der Widerklage statt und hebt den Schiedsspruch des Oberschiedsgerichtes auf. Aus der Begründung ist besonders hervorzuheben: „Unbegründet ist der Einwand der Klägerin, auf Grund der Aufhebungsklage des § 1041 müßten beide Schiedssprüche aufgehoben werden, da der Spruch des Oberschiedsgerichtes erst den eigentlichen Schiedsspruch im Rechtssinn bilde. Der Spruch des Schiedsgerichts dagegen nur ein vorläufiger Entscheid, also unselbständiger Natur sei. Denn die Aufhebungsklage richtet sich und kann im vorliegenden Falle sich nur richten gegen die einer Verfahrensvorschrift widersprechende Entscheidung des Oberschiedsgerichts, nicht aber gegen die in jeder Hinsicht korrekte Entscheidung des Schiedsgerichts. Durch die Aufhebung des Schiedsspruches des Oberschiedsgerichtes wird die Entscheidung des Schiedsgerichts — die selbständiger Natur, nicht nur ein vorläufiger Entscheid ist — in ihrer Existenz nicht berührt.“ Die Berufung an das Hanseatische Oberlandesgericht Zivilsenat II hatte Erfolg. Nach kurzer Wiederholung der Tatbestände heißt es in den Gründen u. a. (ich hebe nur die für hier wichtigsten Stellen hervor, ohne auf die Widerlegung verschiedener Ansichten des Landgerichts einzugehen): „Allerdings heißt es in § 33 der Schiedsgerichtsordnung: die Einlegung der Berufung habe keine die Wirksamkeit des Schiedsspruches 1. Instanz hinausschiebende Kraft und die obsiegende Partei sei berechtigt einen Vollstreckungsbeschluß zu beantragen, auch wenn Berufung eingelegt

und darüber noch nicht entschieden ist. Das kann aber nur dahin verstanden werden, daß der Spruch der 1. Instanz bis zur Entscheidung durch das Oberschiedsgericht wie ein vorläufig vollstreckbares Urteil des ordentlichen Gerichts behandelt werden soll. Der Fall, daß das Oberschiedsgericht eine Entscheidung ablehnt, ist in der Ordnung nicht vorgesehen; wäre gesagt, daß es in einem solchen Falle bei dem Spruch der 1. Instanz zu verbleiben habe, so wäre das eine höchst auffällige Bestimmung. In diesem Sinn kann die Ordnung und können die Verträge der Parteien nicht verstanden werden. Die Sache ist vielmehr die, daß die Schiedsrichter, die gemäß den Schiedsverträgen nach der Einlegung der Berufung tätig zu sein hatten, die Annahme des Schiedsrichteramtes verweigert haben, den Verträgen entsprechende endgültige Schiedssprüche können nicht mehr herbeigeführt werden. Es liegt ein Fall des § 1032/I ZPO. vor. Die Schiedsverträge sind außer Kraft getreten."

Zur Frage, ob es gestattet ist, einen vorläufigen Schiedsspruch zu vollstrecken, bemerkt das Oberlandesgericht: „Ob die Gerichte einer Bestimmung § 33 der Schiedsgerichtsordnung des Vereins Folge geben und einen Schiedsspruch der 1. Instanz trotz der Einlegung der Berufung vor einer Entscheidung des Oberschiedsgerichts für vollstreckbar erklären dürfen, braucht im vorliegenden Falle nicht untersucht werden. Wenn die Gerichte es tun, so kann ihre Entscheidung nur dahin verstanden werden, daß der Spruch der 1. Instanz in dem Sinn vollstreckbar sein soll, in dem er erlassen ist, also vorläufig, bis zur Beendigung des Verfahrens vor dem Schiedsgericht." Die Revision des A. ans Reichsgericht hatte keinen Erfolg. Das Urteil des OLG. wurde im wesentlichen bestätigt, und das Reichsgericht beschäftigte sich ausführlich mit verschiedenen grundlegenden Fragen. Die Bestimmung d. V. d. Getreidehändler wird als keine revisible Rechtsnorm betrachtet, das Reichsgericht weigert sich, den Bestimmungen, die „typisch" für Hamburg seien, eine andere Auslegung zu geben, als das Oberlandesgericht. Zur Frage

der vorläufigen Vollstreckbarkeit übergehend, bemerkt es: „Das gesamte Schiedsgerichtsverfahren, wie es durch Schiedsgerichtsordnungen geregelt ist, ist ein einheitliches Verfahren, die dort vorgesehene Berufungsinstanz ist eine echte Berufungsinstanz, auf deren Spruch die Parteien ein Recht haben. Die erstinstanziellen Schiedssprüche sind nur vorläufig bis zur Beendigung des Verfahrens vor dem Oberschiedsgericht erlassen; auch ihre Vollstreckbarkeit ist, wenn sie vom Gericht überhaupt ausgesprochen werden darf, eine nur vorläufige. Die Antwort auf die vom Oberlandesgericht offengelassene Frage, ob die Schiedssprüche 1. Instanz überhaupt für vollstreckbar erklärt werden dürfen, ist nicht durch Auslegung der Schiedsgerichtsordnung, sondern durch eine Beurteilung ihrer Verhältnisse zu ZPO. zu gewinnen. Das Oberlandesgericht hat mit Recht hervorgehoben, daß die ZPO. auch in ihrer jetzigen Gestalt keine Rücksicht darauf nimmt, ob das von den Parteien vereinbarte schiedsrichterliche Verfahren zwei Instanzen vorsieht oder nicht. Wenn es das Oberlandesgericht für möglicherweise zulässig hält, daß auch noch nicht endgültige Schiedssprüche ohne besondere Regelung durch das G e s e tz für vollstreckbar erklärt werden, so kann dem nicht beigepflichtet werden. Die von der Revision angezogene Entscheidung des Reichsgerichts (aus dem Jahre 1892, Bd. 29, S. 390 ff.) hat sich allerdings auf denselben Standpunkt gestellt, wie das Oberlandesgericht, sie wird aber der allmählich herausgebildeten schärferen Auffassung von der Unabänderlichkeit des öffentlichen Rechts durch private Abkommen noch nicht gerecht und ist inzwischen auch überholt. Schon in Bd. 69, S. 52 ff. wird vom Reichsgericht betont, daß für vollstreckbar nur ein Schiedsspruch erklärt werden kann, der unter den Parteien gem. § 1040 ZPO. die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils hat und von demselben Grundgedanken aus heißt es in der Entscheidung Bd. 74, 307, daß die Vorschriften über die Zustellung und Niederlegung des Schiedsspruches in § 1039 auf einen Schiedsspruch nicht anwendbar sind, der im

schiedsgerichtlichen Verfahren selbst noch der Aufhebung und der Abänderung unterliegt; sind hier zwei Instanzen vorgesehen, so bildet den gültigen Schiedsspruch im Sinne des § 1039 erst die Entscheidung des Berufungsgerichtes. Dies gilt ebenso und erst recht für den Schiedsspruch im Sinne des § 1042. Die Wirkungen, welche sich an die Vollstreckbarkeit eines Schiedsspruches knüpfen können, sind schwerwiegender als die mit der Zustellung und Niederlegung verbundenen. Die ZPO. hat für das schiedsrichterliche Verfahren nur wenige große Grundsätze aufgestellt, wie z. B. die, daß das rechtliche Gehör gewährt oder ein Schiedsspruch mit Gründen versehen sein muß. Von solchen ausdrücklichen Regelungen abgesehen, überläßt die ZPO. die Gestaltung des ganzen Verfahrens der Partei, und hilfsweise dem freien Ermessen der Schiedsrichter § 1034/II. Das Gesetz rechnet erst dann wieder mit dem Schiedsspruch als dem Ergebnis des gesamten Schiedsverfahrens, für ihn und nur für ihn sind die Vorschriften in §§ 1039 und 1042 gegeben. Besonders dürfen sie auf eine noch innerhalb des Schiedsverfahrens abänderbare und noch nicht endgültige Entscheidung nicht angewendet werden. Jede abweichende Vereinbarung der Partei verstößt gegen die zwingenden Normen des öffentlichen Rechts der ZPO. und ist unwirksam. Die vom OLG. offengelassene Frage ist deshalb zu verneinen. Die Schiedssprüche, welche in der 1. Instanz des Schiedsverfahrens ergangen sind, dürfen von vornherein nicht für vollstreckbar erklärt werden. Das insoweit von den Hamburger Gerichten beobachtete Verfahren ist mit dem Gesetz nicht vereinbar.

2. Andere Ansicht.

Hiezu möchte ich bemerken: Damit ein Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt wird, muß er das Schiedsverfahren beenden. Diese Beendigung wird dadurch dokumentiert, daß der Schiedsspruch unter Beobachtung der Vorschriften des § 1039 unterschrieben, zugestellt und niedergelegt ist. Sind diese Forde-

rungen erfüllt, so kann noch eine Partei einwenden, daß der Schiedsspruch, der demnächst für vollstreckbar erklärt werden soll, überhaupt nicht der endgültige ist. Wenn also in den Schiedsgerichtsordnungen ein Berufungsverfahren vorgesehen ist, so dürfte eigentlich der Schiedsspruch erst niedergelegt werden, wenn feststeht, daß kein Berufungsverfahren mehr schwebt. Wird trotzdem der 1. Spruch, wie es meistens geschieht, niedergelegt, so ist dieses Verfahren der Schiedsgerichte unrichtig und widerspricht der ZPO. Normalerweise kann also vor dem ordentlichen Gericht, wenn die Schiedsrichter pflichtgemäß verfahren, gar nicht erst die Frage auftauchen und erörtert werden, ob ein Berufungsverfahren schwebt, denn wenn eine Partei Berufung ans Oberschiedsgericht einlegte, so dürfen die Schiedsrichter ihren Spruch nicht niederlegen; damit ist aber auch der anderen Partei die Möglichkeit genommen, ein Vollstreckungsverfahren vor dem ordentlichen Gericht einzuleiten. Die Sache wird jedoch ganz anders, wenn die Parteien vorher vereinbaren, daß die Einlegung der Berufung im schiedsgerichtlichen Verfahren keinen Einfluß auf die Vollstreckbarkeitserklärung des Schiedsspruches 1. Instanz haben soll. So lautet § 33 der Schiedsgerichtsordnung d. Ver. d. Getreidehändler der Hamburger Börse: „Die Einlegung der Berufung hat keine die Wirksamkeit des Schiedsspruches 1. Instanz hinausschiebende Kraft. Das Reichsgericht erklärt diese Bestimmung für ungültig. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb die Parteien nicht von sich aus vereinbaren können, daß der Schiedsspruch der 1. Instanz derjenige sein soll, der, obgleich ein Oberschiedsgericht seine Gültigkeit nachprüfen kann, vom ordentlichen Gericht vollstreckbar zu erklären ist. Das Schiedsverfahren der ZPO. ist ja im wesentlichen im Interesse der Partei gegeben. Und die Bestimmung der Hamburger Schiedsgerichtsordnung ist nicht ohne Grund aufgenommen worden, entspricht auch dem praktischen Bedürfnis. Nur zu oft hat der reelle Kaufmann die Erfahrung gemacht, daß ein böswilliger Gegner alle Mittel,

die ihm das vereinbarte Schiedsverfahren und das öffentliche Gerichtsverfahren bieten, — und deren gibt es viele —, benutzt, um sich seinen Zahlungsverpflichtungen zu entziehen und die Erfüllung möglichst lange hinauszuschieben. Besonders aus den Nachkriegsjahren sind zahlreiche Fälle noch in Erinnerung, in denen der Schuldner es verstand, seine Verpflichtungen solange hinauszuziehen, bis er endlich zahlungsunfähig war. Hiegegen nun will § 33 dem Gläubiger Schutz gewähren und er hat seinen Zweck auch bisher erreicht. Den anderen Fall, daß die in der 1. Instanz verurteilte Partei um ihr Geld gekommen ist, weil nach Aufhebung des Schiedsspruches durch die Berufungsinstanz der Kläger infolge Zahlungsunfähigkeit nicht mehr in der Lage war, die gezahlte Summe zurückzuerstatten, habe ich nirgends gefunden und es gibt doch auch in ordentlichen Verfahren vorläufig vollstreckbare Urteile, die dieselben Gefahren in sich bergen. Es liegt kein Grund vor, im Schiedsverfahren auf einmal sich anders einzustellen, um so mehr die Parteien auch auf die anderen „großen Grundsätze“ (Rechtliches Gehör und Begründung) verzichten können. Ebenso wie zwei Parteien überhaupt nicht einen Schiedsspruch ins Vollstreckungsverfahren bringen brauchen und ohne weiteres die Entscheidung anerkennen — das ist der heute wieder fast ausnahmslose Regelfall[26]); ebenso können auch von sich die Parteien bestimmen, welcher Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt werden soll. Wesentlich ist lediglich, und das ist auch vom ordentlichen Gericht von Amtswegen nachzuprüfen, ob der Schiedsspruch überhaupt gem. § 1039 gültig ist. Ist das der Fall, so ist dieser für das Gericht der endgültige Schiedsspruch. Ob nun dieser Schiedsspruch von einem anderen Schiedsgericht — dem Oberschiedsgericht —, das ja ebenfalls auf Parteivereinbarung beruht — aufgehoben werden kann, ist eine Frage, die das ordentliche Gericht nur nachzuprüfen hat, wenn

[26]) 1925 wurde in Hamburg von 599 niedergelegten Sprüchen 1. Instanz nur in 31 Fällen Berufung eingelegt.

eine Partei einwendet, daß der für vollstreckbar zu erklärende Spruch gar nicht der endgültige sei. Eine solche Einwendung ist aber der Partei abgeschnitten, wenn sie in dem Vertrag mit der anderen Partei — durch Anerkennung der Schiedsgerichtsordnung — sich ausdrücklich damit einverstanden erklärte, daß der erstinstanzielle Spruch vorläufig von ihr anerkannt sei. Das ist der Sinn der Vereinbarung einer vorläufigen Vollstreckbarkeit. Das Landgericht Breslau (auch die Breslauer Schiedsgerichtsordnung hat in § 34a eine gleiche Bestimmung wie die Hamburger) behauptet, daß § 1040 einer solchen Vereinbarung im Wege stehe. Dies ist nicht der Fall. Durch diese Vorschrift soll nur klar gestellt werden, daß ein Schiedsspruch zwischen den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils hat. § 1040 will lediglich das Wesen eines Schiedsspruches kennzeichnen; er bestimmt aber nichts darüber, wann und ob ein Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt werden kann und insbesondere, welcher Schiedsspruch für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann. Die Praxis der Hamburger Gerichte halte ich für richtig und zulässig.

Man muß nun aber dem einstweilen vollstreckenden Gläubiger ähnlich wie bei der „Erledigung der Aufhebungsklage“ (s. o.) für den Fall, daß das Oberschiedsgericht den Spruch der 1. Instanz aufhebt, also auch die Vollstreckbarkeitserklärung zu unrecht erfolgt ist, eine Schadensersatz- oder Wiederherstellungspflicht auferlegen.

III. Die Zwangsvollstreckung.

Zum Inhalt des Schiedsspruches möchte ich folgendes bemerken: nach Kann ist die Partei auch berechtigt zu einem Schiedsspruch, aus welchem eine Zwangsvollstreckung im engeren Sinne nicht möglich ist (Feststellung, Gestaltung, § 888/II ZPO.) einen Vollstreckungsbeschluß zu erwirken, um so die Rechtsbeständigkeit des Schiedsspruches für jeden Dritten und jede Behörde außer Zweifel zu stellen (Vgl. Rspr. 39, 94 RG. 99, 129). Hierzu be-

merkt sehr richtig Freudenthal-Sauerländer: „Zwar hat bisher das Reichsgericht angenommen, daß nicht bloß zur Ermöglichung der Zwangsvollstreckung, sondern überhaupt zur endgültigen Bekräftigung des Schiedsspruches die Vollstreckbarkeitserklärung nötig und zulässig sei, auch wenn der Spruch feststellenden Inhalt hat. Auf einem anderen Standpunkt war schon immer das Bayerische Oberste Landesgericht (NF. 3, 631), der sich jetzt als richtig erwiesen hat. Das Reichsgericht stützte seine Ansicht auf den jetzt weggefallenen § 1043. Heute würde also nichts mehr im Wege stehen, das Bedürfnis und die Zulässigkeit der Vollstreckbarkeitserklärung ebenso wie gegenüber ausländischem Urteil auch gegenüber Schiedssprüchen auf die Fälle zu beschränken, in denen eine Zwangsvollstreckung auch wirklich in Betracht kommt. Dafür spricht weiterhin, daß jene „endgültige Bestätigung“ jetzt in einem Beschlußverfahren zu erwirken ist, das über etwaige Aufhebungsgründe nicht mehr entscheiden kann, sowie der offensichtlich nur auf Zwangsvollstreckung zugeschnittene § 1044a. Leider kann jedoch heute das Reichsgericht sich nicht mehr zu dem Falle äußern.“

1. Allgemeine Einwendungen.

An Einwendungen des Gegners gegen den Erlaß des Vollstreckungsbeschlusses sind hervorzuheben: die gegen die formelle Zulässigkeit des Vollstreckungsbeschlusses. Sie führen zur Abweisung des Antrages. Dann die Einwendungen gegen den formalen Bestand des Spruches. Sie sind nicht nachzuprüfen, es sei denn, daß sie offensichtlich aussichtslos sind (s. o.).

Hier kommt die lästige Bestimmung des § 1042/III in Betracht und das Beschlußverfahren ist auszusetzen. Dann weiterhin Einwendungen gegen den Anspruch selbst. Baumbach verlangt hier die Vollstreckungsgegenklage nach § 767. Im Beschlußverfahren können solche Einwendungen nicht mehr berücksichtigt werden.

2. Einwand der Aufrechnung.

Besonders wichtig ist der Einwand der Aufrechnung. Das Hans. OLG. hält die Vollstreckungsgegenklage für zulässig (Hans. GZ. 26, Nr. 73). Es fragt, ob die Zwangsvollstreckungsgegenklage gegen einen Vollstreckungsbeschluß gem. § 1042 ZPO., die sich auf Aufrechnung stützt, schon deshalb abzuweisen ist, weil die Aufrechnung im Schiedsverfahren hätte geltend gemacht werden können. Nach § 767 Abs. II ZPO. sind Einwendungen, welche einen durch Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, nur dann mit Erfolg im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen, wenn die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung entstanden sind, in welcher Einwendungen nach Vorschrift der Zivilprozeßordnung spätestens geltend zu machen waren. Diese Vorschrift hat auch gegenüber einem durch Schiedsspruch oder Schiedsgerichtsurteil festgestellten Anspruch grundsätzlich zu gelten. Auch seine Vollstreckbarkeit kann nur mit solchen Einwendungen klageweise angefochten werden, welche nach diesem Punkte begründet sind. Nun richtet sich die Vollstreckungsgegenklage zwar nicht gegen das Schiedsgerichtsurteil, sondern gegen die Entscheidung, welche es für vollstreckbar erklärt. Sie ist der eigentliche Vollstreckungstitel. Aber für die Frage, ob, nachdem ein Schiedsgerichtsurteil für vollstreckbar erklärt ist, noch Einwendungen gegen den durch dasselbe für berechtigt erklärten Anspruch erhoben werden und die Unzulässigkeit seiner Vollstreckung herbeiführen können, kommt es darauf an, ob es auch nicht versäumt ist, die Einwendungen rechtzeitig vor dem Abschluß des Schiedsverfahrens geltend zu machen. Gehört zu den Einwendungen im Sinne des § 767 ZPO., — welche den durch ein Urteil oder einen Schiedsspruch festgestellten Anspruch selbst betreffen und daher im Zwangsvollstreckungsverfahren nur noch zugelassen werden, wenn die erzeugenden Gründe erst nach dem Zeitpunkte entstanden sind, in welchem Einwendungen spätestens zu erheben waren, —

auch der Einwand der Aufrechnung? Dies ist zu bejahen. (Näheres darüber in Hans. GZ.) Man muß jedoch nicht ohne weiteres die Aufrechnung bereits im Verfahren vor dem Schiedsgerichte geltend machen. Wird nämlich in einem streitigen Verfahren von dem Beklagten eine Aufrechnung eingewandt, so wird zwar über die zur Aufrechnung benutzte Gegenforderung von dem erkennenden Gericht kein eigentliches selbständiges Urteil gefällt. In den meisten Fällen wird die Gegenforderung bestritten sein und es ist Pflicht des Gerichtes ihr Bestehen zu prüfen, um entscheiden zu können, ob der Anspruch des Klägers infolge der vorgebrachten Aufrechnung tatsächlich ganz oder teilweise erloschen sei. Dieses gilt aber keinenfalls unter allen Umständen für ein Schiedsgericht. Möglicherweise ist es nach dem Schiedsvertrage überhaupt nicht berufen und wird sich nicht für befugt halten, vielleicht ist es auch seiner Besetzung nach gar nicht geeignet, die Berechtigung der zur Aufrechnung verstellten Forderung zu untersuchen und über sie zu urteilen. Man wird in diesem Falle den Beklagten nicht zumuten können, seine Gegenforderungen in dem schiedsgerichtlichen Verfahren aufrechnungsweise geltend zu machen und das Schiedsgericht über sie befinden zu lassen. Er läuft dabei Gefahr, daß ihm, weil dem Schiedsgericht vielleicht juristische Dinge fremd sind, die Berechtigung seiner Forderung nicht anerkannt wird. Wenn also ein Beklagter beim Vorliegen solcher Umstände die Aufrechnungseinrede nicht im Schiedsverfahren geltend macht, sondern erst nachträglich auf sie eine Zwangsvollstreckungsgegenklage stützt, so kann man ihm dies nicht übel nehmen und man wird keinen gerechtfertigten Einwand gegen die Zulässigkeit herbeibringen können. Besteht aber keinerlei begründetes Bedenken, die Aufrechnung schon im schiedsrichterlichen Verfahren vorzubringen, so kann ihm, wenn es dies versäumt, nach der Vorschrift des § 767 Abs. II ZPO. nicht gestattet werden, sich ihrer im Stadium der Zwangsvollstreckung noch zu seiner Verteidigung zu bedienen. Er kann, nachdem bereits

ein rechtskräftiger Schiedsspruch auf Zahlung gegen ihn erwirkt ist, die bereits vor dieser Verurteilung möglich gewesene Aufrechnung nicht mehr nachholen, er kann nicht fordern, weil er früher einmal aufrechnen hätte können, daß die Vollstreckung des schiedsgerichtlichen Urteils jetzt für unzulässig erklärt werde.

IV. Das weitere Verfahren.

Über das weitere Verfahren möchte ich doch noch folgendes erwähnen: Ist im Aufhebungsprozesse zu Gunsten des Klägers erkannt, so ist das Vollstreckungsgesuch erledigt. Ist andererseits die Aufhebungsklage abgewiesen, so ist damit noch keineswegs gesagt, daß jetzt der Vollstreckungsbeschluß ergehen muß (s. o.). Kommt das Gericht zum Ergebnis, daß § 1042/II anwendbar sei, so ist der Antrag auf Vollstreckbarkeitserklärung zurückzuweisen, das bedeutet aber nicht eine rechtswirksame Feststellung dahingehend, daß der Schiedsspruch unwirksam sei, sondern dieser besteht fort, nur kann er nicht vollstreckt werden, eine förmliche Aufhebung ist für diesen Fall nicht vorgesehen. Goldschmidt bezeichnet dies vom Standpunkt des früheren Rechts aus, als auffallendes Ergebnis. Wird der Beschluß jedoch erlassen, so erzeugt er das bisher fehlende Vollstreckungsrecht. Er ist der eigentliche Vollstreckungstitel. Stein-Jonas verlangt nun noch eine eigene Vollstreckungsklausel gem. § 724 ZPO. Gleicherweise sagt Baumbach, daß der Beschluß die Vollstreckungsklausel nicht ersetze, sondern sie von der Geschäftsstelle zu erteilen sei. Doch verteidigt Kleemann in seiner Dissertation S. 45 die entgegengesetzte Auffassung, daß der Vollstreckungsbeschluß, der lautet: „Der Schiedsspruch ist vollstreckbar“ nicht nochmals mit einer Vollstreckungsklausel versehen zu werden braucht, sondern selbst Vollstreckungsklausel ist (in JW. 25, 749 verteidigt auch Cohn diese Auffassung). Der Erlaß des Beschlusses enthält keinen der Rechtskraft fähigen Ausspruch über die Rechtswirksamkeit des Schiedsspruches, zumal ausdrücklich

noch eine nachträgliche Aufhebungsklage im Gesetz zugelassen ist. Wird dieser stattgegeben, so ist mit dem Spruch auch der Vollstreckbarkeitsbeschluß ausdrücklich aufzuheben. Der Beschluß setzt die Fristen für diese nachträgliche Aufhebungsklage in Lauf. Er ist, sowohl wenn er dem Antrag stattgibt, als auch wenn er ihn ablehnt, nach § 1045/III mit sofortiger Beschwerde anfechtbar. Ihre Einlegung hemmt nicht die Vollstreckung, sondern ermächtigt das Gericht zum Erlaß einstweiliger Anordnungen nach § 572. Eine sogen. Umschreibung der Vollstreckungsklausel ist zulässig (§§ 795, 721, 731), wenn der Beschluß gegen die ursprüngliche Partei bereits ergangen ist, oder die Tatsache der Rechtsnachfolge bei Gericht offenkundig, oder durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachweisbar ist (Stein-Jonas). Über die Kosten entscheidet das Schiedsgericht meist nach den Vorschriften der betreffenden Schiedsgerichtsordnungen oder nach den eventl. Bestimmungen des Schiedsvertrages. Ist derartiges nicht vorgesehen, so gilt es dem Parteiwillen entsprechend, daß die Schiedsrichter ihrem billigen Ermessen nach entscheiden.

E. Kritik des § 1042.

Zusammenfassend ist nun leider zu sagen, daß die Neuregelung der ZPO. in Betreff des Schiedsverfahrens nahezu ein Schlag ins Wasser ist. Abgesehen von § 1044a, der wirklich ein großer Fortschritt ist, hier aber nicht zur Erörterung stand, kann man nicht davon sprechen, daß die Verordnung ihren Zweck erreichte, ja man bestreitet sogar, daß durch Schaffung des Beschlußverfahrens an Stelle des Urteilsverfahrens eine Beschleunigung erreicht würde.

I. Beschleunigung.

Dr. Carl Leo sagt in der Hans. RZ. S. 580 folgendes (in seiner Abhandlung: „Die Unbrauchbarkeit der neuen Bestimmungen über das Schiedsverfahren“): Wenn Volkmar in der Ersetzung des Urteilsverfahrens durch das Beschlußverfahren einen

Vorteil erblickt, so ist dies eine Täuschung. Ein wesentlicher Unterschied liegt nur darin, daß ein Beschlußverfahren sich ohne mündliche Verhandlung abwickeln kann (doch bestreitet selbst dieses Wessig in HRZ. 24, 415). Schriftlichkeit beschleunigt aber keineswegs das Verfahren, besonders wenn, wie in diesem Falle, die Gegenpartei gehört werden muß. Im Gegenteil: bei richtiger Handhabung des Prozesses durch Richter und Anwälte kann Verschleppungsversuchen bei Ansetzen einer mündlichen Verhandlung viel wirksamer entgegengetreten werden. Und Ostendorff behauptet in DRZ. S. 544: Eine Beschleunigung wird wohl in keinem Falle erzielt werden, der Gegner muß über den Antrag gehört werden. Die ihm zu setzende Frist wird in der Regel kaum kürzer sein als die Einlassungsfrist. Der Antragsgegner wird daher, falls der Gegner sich nicht meldet, die Vollstreckbarkeitserklärung regelmäßig nicht früher erwirken können, als nach dem früheren Verfahren ein Versäumnisurteil. Altes und neues Verfahren stehen, soweit der Gegner sich nicht beteiligt, gleich. Das ändert sich jedoch zu Ungunsten des neuen Verfahrens, wenn der Gegner widerspricht und Aufhebung des Schiedsspruches verlangt. Hier schildert nun Ostendorff in ähnlicher Weise, wie bereits am Anfang der Erörterung dieses Paragraphen ausgeführt wurde, die vielen Möglichkeiten der Verschleppung. Doch geht diese Kritik wohl zu weit und ich möchte sagen, daß eine Beschleunigung durch die Einführung des Beschlußverfahrens in dem einfachst gedachten Fall schon erreicht wurde. Daß einer größeren Beschleunigung eine Menge hindernder Umstände in den Weg gelegt wurden, ist genügend erläutert.

II. Verbilligung.

Was nun die Verbilligung des Verfahrens anlangt, so setzt Cohn in JW. 25, 784 etwa folgendes auseinander: Nur für den Schuldner hat die Einführung des Beschlußverfahrens verbilligend gewirkt. Bei dem Landgericht muß der Gläubiger den

Antrag auf Vollstreckbarkeitserklärung durch einen Anwalt erheben. Es kommen zu den Schiedsgerichtskosten noch die Gerichtskosten und die Anwaltsgebühren. Insofern ist beim Gläubiger fast alles beim alten geblieben, der Schuldner jedoch, der bei der bisherigen Regelung in Form des Urteilsverfahrens gezwungen war, auch seinerseits vor dem Landgericht einen Anwalt zu nehmen, kann jetzt nach der Praxis der Gerichte seine Einwendungen auf die ihm von den ordentlichen Gerichten zugehende Aufforderung zur Gegenerklärung ohne Anwalt unmittelbar schriftlich erheben. Allerdings sind die Kosten im allgemeinen nicht so hoch als bisher.

III. Teil.

Zuständigkeiten.

Es bleibt mir nun, noch einiges über die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für Aufhebungsklage und Antrag auf Vollstreckbarkeitserklärung zu sagen. Die ZPO. regelt sie in den §§ 1045/47. Da übrigens für die Erhebung der Klage und des Antrags der Spruch bei dem „zuständigen“ Gericht niedergelegt sein muß, so gilt, was über die Zuständigkeit an und für sich gesagt ist, auch für die Niederlegung. Das zur Vollstreckbarkeitserklärung zuständige Gericht ist auch für den Empfang der Niederlegung des Spruches zuständig. § 1045 sagt, daß für die Entscheidungen in erster Linie das Amts- oder Landgericht zuständig ist, das in einem schriftlichen Schiedsvertrag als solches bezeichnet ist, in Ermangelung einer derartigen Bestimmung das Amtsgericht oder Landgericht, welches für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruches zuständig sein würde. Die Schiedsgerichtsordnungen enthalten nun meistens eine Bestimmung über diese Frage. So ordnet der § 20 der Schiedsgerichts-

ordnung d. Ver. d. Getreidehändler der Hamburger Börse an: Für gerichtliche Entscheidungen und die Anordnung richterlicher Handlungen im Sinne des 10. Buches der Zivilprozeßordnung ist das Amtsgericht oder das Landgericht Hamburg, je nach dem Wert des Streitgegenstandes zuständig." Solche Bestimmungen sind aber nicht ohne weiteres wirksam. Nach § 1045 müssen sie in einem schriftlichen Schiedsvertrag enthalten sein. Die Schriftlichkeit ist aber nach § 126 BGB. nur gewahrt, wenn beide Parteien auf derselben Urkunde unterschrieben haben, oder bei Ausfertigung mehrerer gleichlautender Urkunden, wenn jede Partei das für die andere Partei bestimmte Exemplar unterzeichnet hat. Wenn nun beiderseitig z. B. übereinstimmende Schlußscheine mit Schiedsgerichtsvereinbarungen gewechselt sind, so liegt ein schriftlicher Schiedsvertrag vor. Die Schiedsgerichtsordnung wird mit der Schiedsgerichtsvereinbarung Vertragsbestandteil, das in der Ordnung für die gerichtlichen Entscheidungen und die Niederlegung des Schiedsspruches bezeichnete Gericht ist zuständig. Hat aber ein Schlußscheinwechsel nicht stattgefunden, ist z. B. nur von einem Vertragsteil ein Schlußschein ausgestellt worden, oder ist der Vertrag nur mündlich abgeschlossen, so ist die Vorschrift in der Schiedsgerichtsordnung über das für gerichtliche Entscheidungen und Niederlegung des Schiedsspruches zuständige Gericht nicht anwendbar. Zuständig ist in diesem Fall das für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruches in Betracht kommende Gericht. Einige Schriftsteller lassen Briefwechsel genügen (Mittelstein Hans. RZ. 8, 662; Bertram daselbst S. 723). Über die sich daraus ergebenden Schwierigkeiten vgl. Mathies 117. In einem Falle bedarf es einer schriftlichen Abmachung nicht, nämlich dann, wenn die Zuständigkeit des Gerichtes sich daraus ergibt, daß es ohnehin schon für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruches, z. B. als Gericht des Erfüllungsortes, zuständig ist. Eine Klausel, etwa „Erfüllungsort und Schiedsgericht Nürnberg" bedarf nicht der schriftlichen

Form, sie kann mündlich im Wege des Briefwechsels, insbesondere durch die übliche „Bestätigung" vereinbart werden. Wie schon erwähnt, ist bei keiner Abmachung das an und für sich zuständige Gericht maßgebend. Nach Stein-Jonas bestimmt sich auch die sachliche Zuständigkeit nicht wie im § 722 nach dem Streitwert der Klage, sondern nach dem Wert des im Schiedsverfahren befangenen Anspruchs. Das Vorteilhafte einer Vereinbarung ist, daß die Parteien mittelbar die zuständige Beschwerdeinstanz bestimmen können. Machen z. B. A. und B. für eine Streitigkeit über *RM* 500 die Zuständigkeit des Amtsgerichts aus, so befassen sich womöglich Landgericht und Oberlandesgericht mit der Sache. v. Staff befürwortet mit Recht auch die Anwendbarkeit der §§ 38 und 39 ZPO. für das Schiedsverfahren. Ich darf auf seine Ausführungen auf S. 289 verweisen.

Zwischen mehreren Gerichten hat der Kläger die Wahl. Denkbar wäre, daß das Schiedsgericht die Niederlegung des Schiedsspruches bei dem für den Wohnsitz des Schuldners zuständigen Gericht vornimmt, während der Kläger mit Rücksicht auf eine drohende Aufhebungsklage den Antrag auf Vollstreckbarkeitserklärung bei einem anderen zuständigen Gericht stellen will, um so dessen ausschließliche (wenn auch abänderbare) Zuständigkeit nach § 1047 ZPO. zu begründen. Aus § 1047, insbesondere aus dem Hinweis auf § 1039 ergibt sich aber, daß für das gerichtliche Verfahren nur das Gericht zuständig ist, bei welchem der Schiedsspruch niedergelegt ist. In der Praxis wird es aber öfters so gehandhabt, daß auf Veranlassung des Klägers das Schiedsgericht den bereits niedergelegten Spruch zurückfordert und sodann bei dem vom Kläger gewünschten Gericht niederlegt. Man muß aber hierzu die Zustimmung des Gegners verlangen, sofern das Gericht für die Niederlegung an sich zuständig war. Am besten wird der Kläger tun, von vornherein das zuständige

Gericht, bei dem er Niederlegung des Schiedsspruches wünscht, anzugeben.

Zum Schluß möchte ich noch eine Entscheidung des OLG. Breslau vom 26. III. 1925 161/24 anführen. Sie bietet für die Zuständigkeitsfrage einige interessante Punkte. Der von der Antragstellerin gegen die Antragsgegnerin erwirkte Schiedsspruch des Schiedsgerichts d. Ver. d. am Futtermittelhandel beteiligten Firmen Hamburg ist zunächst beim Landgericht Hamburg niedergelegt worden. Die Vollstreckbarkeitserklärung ist beim Landgericht in Breslau nachgesucht worden. Die Kammer für Handelssachen des Landgerichts Breslau sprach die Vollstreckbarkeitserklärung durch einen Beschluß aus. Der sich gegen diese Entscheidung richtenden Beschwerde war schon deshalb stattzugeben, weil es an den von Amts wegen zu berücksichtigenden Voraussetzungen eines ordnungsgemäßen Schiedsspruches fehlt. Dazu gehört auch die Niederlegung des Schiedsspruches bei dem zuständigen Gericht. Die Niederlegung bei dem Landgericht Hamburg konnte nicht als ordnungsgemäß gelten. Nach dem Vorbringen der Parteien und ihrem zu den Akten eingereichten Schriftwechsel fehlte es an einem den Vorschriften des § 126 BGB. entsprechenden schriftlichen, die Zuständigkeit des Landgerichts Hamburg begründenden Schieds- oder Nachtragsvertrages. Zuständig ist daher gemäß §§ 1045, 12 ZPO. das Landgericht in Breslau, auf dessen Zuständigkeit sich überdies auch die Parteivertreter nachträglich schriftlich geeinigt haben. Bei diesem mußte der Schiedsspruch ordnungsgemäß niedergelegt werden. Dies konnte auch noch im Laufe des gerichtlichen Verfahrens erfolgen (RG. 13, 431 und Seuffert Anm. 2 zu § 1039). Die Niederlegung des Schiedsspruches bei dem Landgericht Breslau ist hier aber in der Weise erfolgt, daß auf Veranlassung des Anwalts der Antragstellerin das Landgericht in Hamburg den Schiedsspruch an das Landgericht in Breslau übersandt hat. Dieses Verfahren stellt keine Niederlegung durch

die Schiedsrichter und daher keine ordnungsgemäße Niederlegung dar. Die rechtzeitig eingelegte sofortige Beschwerde mußte daher schon aus diesem Grunde Erfolg haben, ohne daß darauf einzugehen war, ob etwa auch die Voraussetzungen des § 1042 ZPO. deshalb vorliegen, weil wie die Antragsgegnerin behauptet, das Schiedsgericht sich über diejenigen gesetzlichen Vorschriften hinweggesetzt habe, die die rechtlichen Folgen eines den Tatbestand des Kettenhandels erfüllenden Geschäfts bedeuten. Zweifeln könnte man, ob die Ausführungen des OLG. betreffend Unzuständigkeit des Landgerichts Hamburg zutreffen. Es ist offenbar nach einem der Schlußscheine d. Ver. d. am Futtermittelhandel beteiligten Firmen Hamburgs gehandelt worden. Diese bestimmen formulargemäß Hamburg als Gerichtsstand für beide Teile. Genügt mit anderen Worten die Vereinbarung „Gerichtsstand", wenn, wie im vorliegenden Falle ein schriftlicher Schiedsvertrag im Sinne des § 126 BGB. nicht vorliegt (es ist nur nach e i n e m Schlußschein gehandelt worden)? Dies ist zu verneinen. Es müßte ausgemacht sein, wie schon einmal erwähnt, „Erfüllungsort und Schiedsgericht" Hamburg, dann würde wohl das OLG. von selbst anders entschieden haben.

IV. Teil.

Schluß.

An den Schluß der ganzen Arbeit möchte ich nur die Entschließung des Deutschen Juristentages 1926 setzen:

1. Die Neuregelung des Schiedsverfahrens muß den veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen angepaßt werden und nach der technischen Seite hin verbessert werden.
2. Dem in der wirtschaftlichen Lage begründeten Bedürfnis der Recht Suchenden, ihre Streitigkeiten schiedsrichterlich

entscheiden zu lassen, dürfen sich Rechtsprechung und Gesetzgebung nicht entgegenstellen. Sie müssen aber Sorge tragen, daß durch die Besetzung und das Verfahren der Schiedsgerichte Unparteilichkeit und Rechtssicherheit tunlichst gewahrt bleiben, insbesondere müssen sie dahin wirken, daß die Schiedsgerichte nicht die Ziele der staatlichen Gesetzgebung auf wirtschaftlichem Gebiet durchkreuzen.

3. Es ist zu erwägen, ob Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses als Grund für die Anfechtung des Schiedsvertrages anerkannt werden soll.

4. Ein Schiedsvertrag ist unwirksam, wenn die Vertragsschließenden das Schiedsgericht von der Einhaltung solcher Gesetze befreien, auf deren Beobachtung die Parteien rechtswirksam nicht verzichten können.

5. Ein Schiedsvertrag ist unwirksam, wenn er nicht jedem Teil den gleichen Einfluß auf die Bildung und Besetzung der Schiedsgerichte einräumt.

6. Dem zuständigen Gericht kann die Entscheidung über die Ablehnung von Schiedsrichtern nicht entzogen werden.

7. Ein Verzicht auf das rechtliche Gehör der Partei ist unzulässig. Auf Verlangen jeder Partei muß das Schiedsgericht mündliche Verhandlung anberaumen.

8. Eine Vereinbarung, die die Vertretung der Partei durch Rechtsanwälte ausschließt, ist unzulässig.

9. Das Schiedsgericht ist in der Fällung des Spruches an das Gesetz gebunden, soweit nicht der Schiedsspruch ein anderes bestimmt und bestimmen darf.

10. Ein Verzicht auf schriftliche Begründug ist unzulässig.

11. Ein Schiedsspruch unterliegt — vorbehaltlich der übrigen Aufhebungsgründe des § 1041 der ZPO. — der Auf-

hebung, wenn die Entscheidung im offenbaren Widerspruch zu einem Gesetz steht, auf dessen Einhaltung die Parteien rechtswirksam nicht verzichten können.

12. Der § 1042 Abs. II der ZPO. kann nicht aufrecht erhalten werden.

Mit Ausnahme der Punkte 4, 9 und 11, über die eine andere Ansicht in der Arbeit vertreten ist, ist diese Entschließung sehr zu begrüßen, leider waren die Anregungen bis heute ohne greifbaren Erfolg geblieben.